



Fredie Didier Jr.
Hermes Zaneti Jr.

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo Coletivo

De acordo com a Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção)

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

11ª EDIÇÃO
revista, ampliada e atualizada

4

Raphael Trilha Bezerra
Dir. UFES 2013/2

Fredie Didier Jr.
Hermes Zaneti Jr.

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo Coletivo

CONFORME
NOVO **CPC**

11ª EDIÇÃO

revista, ampliada e atualizada

4

2017

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Sumário

Nota dos autores à 11ª edição	17
Nota dos autores à 10ª edição	19
Prefácio à 1ª edição	25
Apresentação à 1ª edição	27
→ Capítulo 1 ► Introdução ao estudo do processo coletivo	31
1. Conceito de processo coletivo, ação coletiva e tutela jurisdicional coletiva	31
2. O processo coletivo como espécie de "processo de Interesse público" (<i>public law litigation</i>): Interesse público primário e Interesse público secundário no controle Jurisdicional de políticas públicas	36
2.1. Generalidades	36
2.2. Modelo experimentalista de reparação e medidas estruturantes (<i>structural injunctions</i> e <i>specific performance</i>)	38
2.3. Interesse público primário e Interesse público secundário	39
2.4. A implementação e controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário (judicial activism, judicial restraint e ativismo judicial seletivo): ativismo da lei e da Constituição em matéria de políticas públicas no Brasil	41
2.5. Para além da "politização da justiça" em uma democracia de direitos: uma conclusão parcial	45
3. O microsistema processual coletivo, o papel do Código de Defesa do Consumidor e o diálogo das fontes com o CPC-2015 (era da recodificação)	50
3.1. Generalidades	50
3.2. O CDC como um "Código de Processo Coletivo Brasileiro"	53
3.3. O microsistema do processo coletivo	55
4. Legislação e procedimentos relacionados à tutela coletiva: procedimento comum das causas coletivas (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC)	60
→ Capítulo 2 ► Situações jurídicas coletivas: direitos coletivos <i>lato sensu</i> (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e casos repetitivos	65
1. Introdução	65

2. Conceito formal (estrutural) de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	66
2.1. Direitos ou "interesses"?	67
2.2. Direitos difusos	73
2.3. Direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	74
2.4. Direitos individuais homogêneos	75
2.4.1. Generalidades	75
2.4.2. Direitos individuais homogêneos como direitos coletivos: visão crítica da doutrina dos "direitos individuais coletivamente tratados"	80
2.4.3. O julgamento do RE n. 631.111/GO: núcleo de homogeneidade e margem de heterogeneidade	82
3. Titularidade dos direitos coletivos lato sensu: direitos subjetivos coletivos.	83
4. Critérios para a identificação do direito objeto da ação coletiva.	84
5. Dos direitos coletivos aos conflitos coletivos: a adequação do processo coletivo às peculiaridades do caso levado a julgamento. A proposta de Edilson Vitorelli	87
5.1. Introdução	87
5.2. Litígios coletivos de difusão global	89
5.3. Litígios coletivos de difusão local	90
5.4. Litígios coletivos de difusão irradiada	91
5.5. Cumulação de litígios de difusão irradiada com litígios globais e locais	94
5.6. Conclusão	96
6. Instrumentos para a tutela das situações jurídicas coletivas no direito brasileiro: a ação coletiva e o julgamento de casos/questões repetitivos	97
7. Situações jurídicas coletivas passivas	102

 Capítulo 3 ► Normas fundamentais da tutela jurisdicional coletiva	103
1. Consideração introdutória	103
2. Princípio do devido processo legal coletivo	104
2.1. Generalidades	104
2.2. Regra da adequada legitimação	106
2.3. Adequada certificação da ação coletiva	106
2.4. Informação e publicidade adequadas	109
2.4.1. Princípio da adequada notificação dos membros do grupo	109
2.4.2. Regra da informação aos órgãos competentes	110
2.5. Princípio da competência adequada	111
3. Princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo	113
4. Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva. O problema da desistência da ação coletiva	116
5. Postulado hermenêutico do microsistema: aplicação integrada das leis para a tutela coletiva (diálogo de fontes)	118

6. Reparação integral do dano	120
7. Princípios da não taxatividade e atipicidade (máxima amplitude) da ação e do processo coletivo	121
7.1. Generalidades	121
7.2. O mandado de segurança coletivo como instrumento processual para a tutela de direitos difusos	123
8. Princípio da predominância de aspectos inquisitoriais no processo coletivo	125
9. Princípio da primazia da decisão de mérito do processo coletivo em relação à decisão de mérito do processo individual	128

Capítulo 4 ► Competência 131

1. Princípio da competência adequada	131
2. Competência territorial	132
2.1. Distinção entre competência funcional e competência territorial absoluta	132
2.2. A competência para a ação civil pública como hipótese de competência territorial absoluta	133
2.3. A competência para a ação civil pública e a regra de delegação de competência federal ao juiz estadual (art. 109, § 3º, CF/88)	135
2.4. Competência quando o dano ou o ilícito for nacional	136
2.5. Competência quando o dano ou o ilícito for regional	140
2.6. Competência quando o dano ou o ilícito for estadual	145
3. Competência para a ação de improbidade administrativa	145
3.1. A inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002 (prerrogativa de função)	145
3.2. Competência para julgamento dos agentes políticos (crime de responsabilidade e bis in idem)	146
3.3. Limitação da decisão do juiz de primeiro grau nas ações de improbidade: impossibilidade	149
4. Outras hipóteses de competência da Justiça Federal para processar e julgar ação coletiva	150
5. Competência do STF para as ações coletivas que envolvam conflitos entre estados ou entre esses e a União (art. 102, I, "f", CF/88)	150
6. Casos extraordinários de competência originária do STF para julgar a ação popular	152
7. Competência para julgamento de ação civil pública sobre poluição visual por propaganda política: justiça eleitoral ou justiça comum?	153
8. Competência internacional? Litígios transnacionais, transfronteiriços e cooperação internacional em ações coletivas	154

Capítulo 5 ► Conexão e litispendência entre ações coletivas 159

1. Conexão	159
1.1. Considerações gerais sobre a conexão	159

1.2. A conexão e a prevenção na tutela jurisdicional coletiva	162
1.3. Cooperação jurisdicional nacional e a conexão probatória (art. 69, CPC).	164
1.4. Conexão após o julgamento de uma das ações coletivas: art. 55, § 1º, CPC, n. 235 da súmula do STJ e a distinção feita no CC 144.922/MG.	164
2. Litispendência	165
2.1. Considerações gerais sobre a litispendência	165
2.2. Litispendência entre demandas coletivas	166
2.2.1. Generalidades. Litispendência entre demandas coletivas propostas por legitimados diversos	166
2.2.2. Efeito da litispendência entre demandas coletivas com partes distintas	167
2.2.3. Identidade da situação jurídica substancial deduzida	169
2.2.4. Litispendência entre as demandas coletivas que tramitam sob procedimentos diversos	171
2.2.5. Há litispendência entre uma ação coletiva que versa sobre direitos difusos e outra que versa sobre direitos individuais homogêneos?	172
3. Relação entre a ação coletiva e a ação individual	174
3.1. A ação coletiva não induz litispendência para a ação individual	174
3.2. O pedido de suspensão do processo individual. A ciência inequívoca da existência do processo coletivo e o ônus do demandado de informar o autor individual	174
3.3. A desistência do mandado de segurança individual em razão da pendência do mandado de segurança coletivo. Art. 22, § 1º, da Lei n. 12.016/2009. Possível inconstitucionalidade. Apelo ao microsistema	177
3.4. Há continência entre ação coletiva e ação individual?	179
3.5. O direito à autoexclusão (<i>right to opt out</i>) no microsistema brasileiro de tutela coletiva	180
3.6. Possibilidade de suspensão do processo individual independentemente de requerimento da parte. O julgamento do REsp n. 1.110.549/RS (recurso especial repetitivo) e o CPC	182
3.7. Comunicação da existência de processos repetitivos ou outro fato que possa dar ensejo ao ajuizamento de ação coletiva (art. 7º da Lei n. 7.347/1985 e art. 139, X, do CPC)	186
Capítulo 6 ► Legitimação <i>ad causam</i> nas ações coletivas	189
1. Natureza jurídica da legitimação coletiva	189
2. Legitimação extraordinária coletiva decorrente de negócio processual: impossibilidade, como regra	193
3. Legitimação ativa	194
4. Características da legitimação coletiva	196
5. O problema do interesse do substituto	198
6. Controle jurisdicional da legitimação coletiva	200
6.1. Generalidades	200

6.2. Notas sobre o controle da "representação adequada" no direito estrangeiro	204
6.3. Legitimação adequada nos litígios de difusão global, local ou irradiada: a tensão entre legitimação e participação. A contribuição de Edilson Vitorelli	207
6.4. Síntese conclusiva	211
7. Consequência da falta de legitimação coletiva ativa	212
8. Legitimidade ativa das defensorias públicas	212
9. "Legitimidade <i>ad causam</i> ou <i>ad processum</i> " no mandado de segurança coletivo..... Perspectivas.	220
10. Notas sobre litisconsórcio na ação de improbidade administrativa: litisconsórcio entre "agentes tidos como ímprobos" e litisconsórcio entre o "agente ímprobo" e a pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário	223
11. O RE n. 573.232/SC e a utilização do precedente pelo STJ: substituição processual das associações versus representação processual mediante autorização	225
12. Outros problemas relacionados à legitimidade ativa do Ministério Público	229
 Capítulo 7 ► Intervenção de terceiros	231
1. Assistência	231
1.1. Premissa geral para o exame do interesse jurídico que justifica a intervenção como assistente	231
1.2. Causas que versam sobre direitos difusos e coletivos <i>stricto sensu</i>	233
1.2.1. Intervenção do indivíduo	233
1.2.2. Intervenção de um colegitimado	234
1.2.3. Intervenção do indivíduo legitimado à propositura de ação popular	234
1.3. Assistência nas causas que versem sobre direitos individuais homogêneos (art. 94 do Código de Defesa do Consumidor)	236
1.4. Assistência na ação popular	238
2. Intervenção de <i>amicus curiae</i> em ações coletivas	240
3. Intervenção móvel da pessoa jurídica interessada na ação popular e na ação de improbidade administrativa (despolarização da demanda)	241
3.1. Generalidades	241
3.2. Intervenção móvel da pessoa jurídica de direito privado e a Lei n. 12.846/2013	244
4. A denunciação da lide em ação civil pública	245
4.1. Generalidades	245
4.2. A denunciação da lide e o chamamento ao processo nas causas coletivas de consumo	247
5. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (<i>lato sensu</i>) como assistente simples em processo individual	250

+ IRDA E RECURSOS ESPECIAIS

Capítulo 8 ► Inquérito civil	253
1. Noções gerais. A reconfiguração do inquérito civil no sistema multiportas de acesso à justiça	253
2. Inquérito civil e inquérito policial	256
3. Efeitos do inquérito civil	257
4. Discussões em torno do possível objeto do inquérito civil. O problema do inquérito civil em matéria eleitoral.	260
5. Princípio do Contraditório	262
6. Princípio da publicidade e inquérito civil	266
7. Inquérito civil e produção antecipada de prova	270
7.1. Generalidades	270
7.2. O CPC e a antecipação de prova não urgente (art. 381 a 384, CPC-2015). A produção de prova para futura ação coletiva independentemente da instauração do inquérito civil	271
7.3. Simultaneidade de procedimentos investigatórios para apurar o mesmo fato (inquérito penal e cível) e prova emprestada	273
8. Princípio da duração razoável	274
9. Instauração	274
10. Representação anônima: possibilidade	277
11. Inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta	278
12. Arquivamento	279
13. Reabertura do inquérito e reapreciação de provas	284
14. O inquérito civil e os crimes relacionados: falso testemunho, deixar de prestar informações e denúncia caluniosa	285
15. Recomendações e ombudsman (defensor del pueblo)	288
16. Cadastro nacional das ações coletivas, inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta	292

Capítulo 9 ► Prescrição e decadência das situações jurídicas coletivas

1. Generalidades	295
2. Classificação dos direitos: direitos-prestação, direitos-poder (direitos potestativos) e direitos-dever	297
3. A tese da imprescritibilidade das ações coletivas	299
4. Regras expressas sobre prescrição e decadência na tutela coletiva	300
5. Prescrição e ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos. O julgamento do REsp. n. 1.070.896/SC pelo Superior Tribunal de Justiça	304
6. Prazo quinquenal para as execuções decorrentes de ações coletivas	307
7. A discussão sobre a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário	308
8. Início da fluência, impedimento, suspensão e interrupção. Aplicação subsidiária do CDC	310

9. A propositura de uma ação coletiva interrompe o prazo prescricional para a ação individual? 316
10. Discussão sobre a legitimidade e o início do prazo prescricional para a execução individual fundada em sentença coletiva 317

→ **Capítulo 10 ► Autocomposição nos direitos coletivos (justiça multiportas e tutela adequada em litígios complexos) 321**

1. Generalidades. Justiça multiportas (multi-door justice) como justiça adequada 321
2. Da alternatividade à adequação 323
3. Da possibilidade de transação nos processos coletivos e da impossibilidade de renúncia ao direito em que se funda a ação coletiva 324
4. O compromisso de ajustamento de conduta: extrajudicial e judicial 325
- 4.1. Generalidades 325
- 4.2. Órgãos públicos legitimados: Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública (legitimados para o compromisso extrajudicial ou judicial) e os demais co-legitimados (legitimados para o compromisso judicial) 329
- 4.3. A concreção de direitos e deveres a partir dos compromissos de ajustamento de conduta 330
- 4.4. A utilização da produção antecipada de provas como instrumento que estimula a autocomposição 332
5. Audiência preliminar de mediação ou conciliação (art. 334, CPC) 332
6. Negócios jurídicos processuais coletivos 334
7. A autocomposição em ação de improbidade administrativa 335
- 7.1. A revogação do art. 17, § 1º, Lei n. 8.429/1992. A necessária interpretação histórica. A colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos processuais atípicos no processo de Improbidade administrativa 335
- 7.2. A autocomposição e o pedido de ressarcimento ao erário 338
8. Controle da autocomposição pelo juiz. O dever de controle do mérito do acordo e da legitimação adequada 339
9. Limites à autocomposição nos processos coletivos 342
10. Outras ponderações contra o acordo judicial: fiscalização do desequilíbrio econômico e de informações entre as partes 343
11. O princípio da primazia do julgamento de mérito, tutela integral do direito, disparidade econômica e a necessidade de produção de prova adequada para a conciliação ou mediação: coisa julgada *rebus sic stantibus* 344
12. A possibilidade de impugnação pelos colegitimados por meio do recurso de terceiro interessado e outras ações de impugnação autônomas 345

Capítulo 11 ► Aspectos gerais do processo coletivo 349

1. O pedido na ação coletiva 349
- 1.1. Interpretação do pedido 349

1.2. O pedido de indenização por dano moral coletivo	350
1.3. Ações coletivas e o controle de constitucionalidade	353
1.4. Ação coletiva em matéria tributária	355
1.5. Ação civil pública em matéria previdenciária	358
1.6. Ação civil pública em matéria de FGTS	359
2. Abandono em ações coletivas	360
3. Desistência em ações coletivas	361
4. A reconvenção	362
5. A distribuição dinâmica do ônus da prova	365
6. Audiência pública	365
7. Audiência pública extrajudicial e Ministério Público	369
8. Tutela provisória nos processos coletivos	372
8.1. Generalidades	372
8.2. Tutela de evidência cautelar no processo de improbidade administrativa: a indisponibilidade dos bens prevista no art. 7º da Lei n. 8.429/1992	377
9. Litigância de má-fé e despesas processuais	381
9.1. Regime jurídico geral de adiantamento de custas processuais e pagamento de honorários advocatícios de sucumbência nas ações coletivas	381
9.2. Outros possíveis condenados em razão da litigância de má-fé	383
9.3. Condenação do ministério público: responsabilidade da fazenda pública	386
9.4. Arts. 17 e 18 da Lei n. 7.347/1985	387
10. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas	388
10.1. Litisconsórcio entre Ministérios Públicos e o problema da competência	388
10.2. A questão do enunciado n. 489 da súmula STJ	394
10.3. Intervenção como fiscal da ordem jurídica	397
10.4. Ministério Público e os direitos individuais homogêneos: função promocional dos relevantes interesses sociais	399
10.5. Ministério Público e o seguro decorrente do DPVAT: cancelamento do enunciado n. 470 da súmula do STJ	403
10.6. Ministério público e proteção ao erário	404
10.7. Ministério público como parte e a prerrogativa funcional da reserva de "assento à direita do órgão jurisdicional" (Art. 41, XI, Lei n. 8.625/1993)	405
11. Decisão estrutural	407
12. Peculiaridades em relação aos recursos	415
12.1. O interesse recursal	415
12.2. O efeito suspensivo da apelação	416
12.3. Remessa necessária	417
12.3.1 Generalidades	417
12.3.2 Remessa necessária e improbidade administrativa	418

12.4. Agravo de instrumento na ação de improbidade administrativa	420
12.5. Agravo de instrumento na ação popular	421

12

Capítulo 12 ► Coisa julgada	423
1. Noções gerais sobre o regime jurídico da coisa julgada	423
2. Regime jurídico da coisa julgada coletiva	425
2.1. Nota introdutória	425
2.2. Coisa julgada coletiva nas ações que versam sobre direitos difusos ou coletivos	426
2.3. Coisa julgada coletiva nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos	429
3. Repercussão da coisa julgada coletiva no plano individual (§§ 2º e 3º do art. 103 do CDC)	430
4. Alguns posicionamentos doutrinários críticos à extensão da coisa julgada ao plano individual <i>secundum eventum litis</i>	434
5. Transporte in utilibus da coisa julgada penal coletiva para a esfera coletiva e Individual (art. 103º, § 4º, CDC)	436
6. Coisa julgada na ação de improbidade administrativa	437
7. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo	439
8. Coisa julgada coletiva e os diversos procedimentos para a tutela coletiva	441
9. Art. 16 da Lei nº 7.347/1985 e o art. 2º da Lei nº 9.494/1997: os limites territoriais à "coisa julgada". O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.	441
10. Ainda sobre a questão: o EREsp nº 1.134.957/SP do STJ: precedente da Corte Especial que exclui os limites territoriais da coisa julgada no processo coletivo	452

13

Capítulo 13 ► Liquidação e execução da sentença	455
1. A liquidação da sentença coletiva	455
1.1. Conceito de liquidação	455
1.2. Processo de liquidação, fase de liquidação e liquidação incidental	457
1.2.1. A fase de liquidação (ou liquidação-fase)	457
1.2.2. O processo de liquidação	459
1.2.3. A liquidação incidental (ou liquidação-incidente)	459
1.2.4. Síntese	461
1.3. A liquidação da sentença genérica proferida em processo em que se discutem direitos individuais homogêneos. Liquidação individual por legitimação ordinária e liquidação coletiva por substituição processual (legitimação extraordinária).	461
1.4. Liquidação de sentença proferida em processo coletivo em que se discutem direitos difusos ou coletivos em sentido estrito (prestações pecuniárias)	463
1.5. A <i>fluid recovery</i>	463
1.5.1. Generalidades.	463
1.5.2. Alternativas atípicas à <i>fluid recovery</i> do art. 100 do CDC	466

2. Execução da sentença no processo coletivo	468
2.1. Generalidades	468
2.2. O Fundo de defesa dos direitos difusos (FDD, art. 13 da Lei nº 7.347/1985)	471
2.3. A execução da sentença genérica na ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos. O problema da legitimidade ativa	474
2.4. Execução fundada em sentença penal coletiva condenatória	479
2.5. Execução coletiva fundada em título extrajudicial. O paradigma da execução das decisões do CADE	480
2.6. Execução de decisão que determina a implantação de política pública. A possibilidade de uma execução negociada	482
2.7. Regime jurídico das despesas processuais na execução coletiva	483
2.8. Execução de sentença coletiva não impugnada pela Fazenda Pública e honorários advocatícios de sucumbência (súmula do STJ, n. 345, e o art. 85, § 7º, do CPC)	484
3. Competência para a liquidação e execução coletivas	488
 Capítulo 14 ► Processo coletivo passivo	491
1. Nota introdutória	491
2. Conceito e classificação das ações coletivas passivas. As situações jurídicas passivas coletivas: deveres e estados de sujeição difusos, coletivos e individuais homogêneos	491
3. Exemplos de ações coletivas passivas	495
4. Aplicação subsidiária das regras do processo coletivo ativo	502
5. Coisa julgada no processo coletivo passivo	504
5.1. Consideração geral	504
5.2. Coisa julgada nas ações coletivas passivas propostas contra deveres ou estados de sujeição difusos ou coletivos stricto sensu	504
5.3. Coisa julgada nas ações coletivas passivas propostas contra deveres individuais homogêneos	506
6. Consideração final	508
 Bibliografia	511

Introdução ao Estudo do Processo Coletivo

Sumário • 1. Conceito de processo coletivo, ação coletiva e tutela jurisdicional coletiva – 2. O processo coletivo como espécie de “processo de interesse público” (*public law litigation*): Interesse público primário e interesse público secundário no controle jurisdicional de políticas públicas: 2.1. Generalidades; 2.2. Modelo experimentalista de reparação e medidas estruturantes (*structural injunctions* e *specific performance*); 2.3. Interesse público primário e interesse público secundário; 2.4. A implementação e controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário (*judicial activism*, *judicial restraint* e ativismo judicial seletivo): ativismo da lei e da Constituição em matéria de políticas públicas no Brasil; 2.5. Para além da “politização da justiça” em uma democracia de direitos: à guisa de conclusão parcial – 3. O microssistema processual coletivo, o papel do Código de Defesa do Consumidor e o diálogo das fontes com o cpc-2015 (era da recodificação): 3.1. Generalidades; 3.2. O CDC como um “Código de Processo Coletivo Brasileiro”; 3.3. O microssistema do processo coletivo – 4. Legislação e procedimentos relacionados à tutela coletiva: procedimento comum das causas coletivas (Art. 21 da LACP e art. 90 do CDC).

1. CONCEITO DE PROCESSO COLETIVO, AÇÃO COLETIVA E TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Qualquer teoria pressupõe um conceito primário¹, do qual todos os demais são satélites.

O conceito primário do estudo sobre o processo coletivo é, obviamente, o conceito de *processo coletivo*. A definição deste conceito serve a clareza do raciocínio a ser desenvolvido.

O processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um *grupo* (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo.

1. VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília: Axis Mundi/IBET, 2003, v. 1, p. 10; DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 75 e segs.

Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa)² ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.)³ de titularidade de um grupo de pessoas.

Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso e na tutela do grupo: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva de titularidade de um grupo de pessoas.

Essa definição se distingue da proposta por Antonio Gidi, "Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um direito coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (*coisa julgada*). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada".⁴

Não parece correto pôr, na definição de processo coletivo, as circunstâncias de ser instaurado por um legitimado autônomo e de ter um especial regime de coisa julgada.

Em primeiro lugar, a legitimidade extraordinária não é uma exclusividade dos processos coletivos – não é, enfim, uma sua especificidade. Basta lembrar os casos de legitimação extraordinária individual existentes em todos os ordenamentos jurídicos; *v.g.*, no ordenamento brasileiro, a legitimação extraordinária: a) do Ministério Público para promover ação de alimentos para incapaz; b) da administradora de consórcio para cobrar valor mensal do consorciado; c) do terceiro que pode impetrar mandado de segurança em favor de outra pessoa, nos termos do art. 3º da Lei n. 12.016/2009 etc.

Além disso, é possível cogitar, ao menos no direito brasileiro, uma ação coletiva ajuizada pela própria comunidade envolvida: a ação coletiva proposta pelas comunidades indígenas: art. 37 da Lei Federal nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio): "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no

2. Direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, no caso do direito brasileiro (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor).

3. Sobre o processo coletivo passivo, ver capítulo próprio neste volume do Curso.

4. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16. Registre-se que seguimos substancialmente, com pequena diferença, o conceito de Gidi até a 8ª ed. deste volume do Curso.

caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio". Nestes casos a legitimação é ordinária.

Também o regime da coisa julgada não é uma especificidade do processo coletivo. Dizer que a coisa julgada vinculará à coletividade, em processo coletivo, não acrescenta nada ao conceito, já que, sendo a situação jurídica litigiosa pertencente à coletividade, obviamente eventual coisa julgada a ela dirá respeito.

interessante { O próprio julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC) é incidente que serve à tutela coletiva e não produz coisa julgada, como se verá no capítulo sobre as situações jurídicas coletivas, nesse volume do *Curso*.

desta p/ 150 { Além disso, nada impede que o legislador crie uma disciplina de coisa julgada coletiva que, em certos casos, não vincule a coletividade – por exemplo, a coisa julgada penal somente ocorre nos casos de sentença absolutória, ou ainda, o regime da extensão dos efeitos da coisa julgada secundum eventum litis apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais, disciplinado no Código de Defesa do Consumidor (art. 103 da Lei nº 8.078/1990).

Legitimidade, competência e coisa julgada coletivas não compõem o conceito de processo coletivo. Todas elas poderão receber disciplina jurídica própria, peculiar em relação ao processo individual, mas não é isso que torna coletivo um processo. O exame de cada uma delas é importante para identificar como se estrutura o processo coletivo em determinado país, mas não para identificar o que é um processo coletivo.

É certo que após a definição do processo coletivo será necessário definir um regime de garantias processuais adequadas ao objeto nele definido, assim como são previstas garantias para os processos jurisdicionais individuais, mas esse é um momento seguinte, que não interfere no conceito definido. Aliás, a importância da distinção é exatamente esta, isolar os objetos permite perceber as diferenças no arco de seu desenvolvimento teórico.

O processo coletivo brasileiro, por exemplo, tem suas próprias características – variáveis, pois decorrentes de regras jurídicas que podem ser alteradas. Essas características compõem o devido processo legal coletivo brasileiro; compõem, enfim, o perfil dogmático do processo coletivo no Brasil.

São elas: a) a *legitimação para agir*, normalmente atribuída a um legitimado extraordinário *ope legis*; b) o regime da coisa julgada coletiva, que permite a extensão *in utilibus* para as situações jurídicas individuais;

c) a caracterização da litigação de interesse público, que é requisito para o prosseguimento de um processo coletivo, flexibiliza o procedimento a favor da tutela de mérito e determina a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico em todas as ações. Todas são características contingenciais do processo coletivo brasileiro - não compõem, porém, o conceito de processo coletivo.

Note que, alterada regra sobre legitimidade (permitindo a legitimação ordinária coletiva, como no caso das comunidades indígenas, ou criando uma regra aberta, como no direito estadunidense) ou sobre a coisa julgada (estendendo a coisa julgada também para prejudicar os indivíduos membros do grupo, como acontece nas ações eleitorais no Brasil), não se altera o conceito de processo coletivo: altera-se, apenas, a sua estrutura dogmática. Alterações deste tipo, no entanto, devem ser feitas com muita cautela, sobretudo porque tocam em pontos sensíveis, relacionados ao contraditório e ao devido processo legal.

Conceituado processo coletivo, chega-se mais facilmente ao conceito de ação e tutela jurisdicional coletiva.

Ação coletiva é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva exigida para a tutela de grupo de pessoas.

Tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos *lato sensu* de um grupo de pessoas) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade (grupo), que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos).

A conceituação correta de um objeto não é tarefa de somenos. O primeiro ato de qualquer abordagem científica do Direito é identificar o que se está investigando. Se se pretender, por exemplo, fazer um estudo de direito comparado entre os sistemas de proteção aos direitos coletivos, nos mais diversos países, antes de tudo é preciso definir o que se entende por processo coletivo, para, em seguida, iniciar a comparação.

A identificação precisa do que seja processo coletivo serve, ainda, para evitar um equívoco comum: confundir ação civil pública com ação coletiva. Ação civil pública é um exemplo, uma espécie, de ação coletiva. Há diversos procedimentos para a tutela coletiva; o procedimento da ação civil pública é apenas um deles.

Há outros procedimentos especialmente criados para servir às causas coletivas: a ação popular⁵ (Lei nº 4.717/1965 e art. 5º, inc. LXXII), a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX, da CF/88) e as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (arts. 91 a 100 do CDC), a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) etc.

Também existe tutela coletiva no âmbito eleitoral: a ação de impugnação de mandato eletivo é, sobretudo, uma ação coletiva.⁶

Os dissídios coletivos trabalhistas também são exemplos de ação coletiva.

Para uma determinada concepção, a ação penal condenatória é, também, substancialmente, uma ação coletiva, evidentemente aqui a confusão é parecida com aquela que ocorre no controle de constitucionalidade concentrado, toma-se o interesse público na aplicação da lei penal, como se fosse um direito difuso. É um equívoco tanto do ponto de vista teórico, quanto do ponto de vista histórico. Não há um direito subjetivo coletivo à pena por parte do cidadão, evidentemente a antiga “pretensão punitiva” estatal não se constitui em posição jurídica coletiva, em direito difuso. Mas é possível, contudo, pensar em outros exemplos de *ações penais de conteúdo coletivo*, como, v.g., o *habeas corpus* coletivo. Também é possível uma visão diferente, reservando um espaço privilegiado de discussão para bens jurídicos novos, que se identificam com os direitos coletivos defendidos pelos autores deste texto, o meio ambiente, o direito econômico, o direito do consumidor, a ordem urbanística etc. Para esses bens, teria surgido um *direito penal supraindividual*, no qual se verifica que a tutela desses bens jurídicos coletivos, surgidos com mais força após a Constituição de 1988 – bens ligados muitas vezes a uma macrocriminalidade – se dá de forma especial, diferente da tutela do “direito penal básico”, “restrito à tipificação de condutas atentatórias contra a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade (denominado também de Direito Penal *nuclear*) (...)”⁷, inclusive com a possibilidade de ação coletiva *ex delicto* para tutelar a responsabilidade civil decorrentes do ato ilícito.

5. Sobre a defesa de direitos difusos pela ação popular, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110-123.
6. CHEIM JORGE, Flávio; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. “A limitação à utilização do Inquérito civil no direito eleitoral: a inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997”. *Revista de Processo*, v. 235, 2014, p. 13-20.
7. FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. No mesmo sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. “Direito Penal Supra-individual”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Note-se que o próprio CDC permitiu o transporte *in utilibus* da eficácia da sentença penal, nos termos do art. 103, § 4º, originando uma nova hipótese de *actio civilis ex delicto*, a “ação coletiva *ex delicto*” ou “ação civil pública *ex delicto*”. (TAHIM JR., Anastácio Nóbrega. “Ação civil pública *ex delicto*”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2004, n. 115, p. 28-54).

2. O PROCESSO COLETIVO COMO ESPÉCIE DE "PROCESSO DE INTERESSE PÚBLICO" (*PUBLIC LAW LITIGATION*): INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO NO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1. Generalidades

Na "nossa tradição jurídica atual o processo é um veículo para ajustar disputas entre partes privadas a respeito de direitos privados",⁸ com essas palavras Abram Chayes, professor da Universidade de Harvard, inicia o desenho de um novo modelo de litigação:⁹ a litigação de interesse público (*public law litigation*). Adotaremos aqui a sigla *LIP* (litigação de interesse público).¹⁰

Os processos coletivos servem à "litigação de interesse público" (*LIP*); ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, saúde, educação, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dos habituais polos dessas demandas, credor/devedor), como os das crianças e adolescentes, das pessoas institucionalizadas em hospitais e presídios, dos negros, dos índios, das mulheres, podem ser passíveis de serem veiculados como situações jurídicas coletivas merecedoras de tutela através de ações coletivas que permitam a tutela molecular de todo o grupo.

Fale-se em minorias, mas seria melhor deixar claro que essas minorias não são quantitativas, não há interesses "minoritários", mas

8. CHAYES, Abram. "The role of the judge in public law litigation". *Harvard Law Review*, vol. 89, nº 7, p. 1281-1316, may 1976. esp. p. 1282. A distinção fundamental entre o modelo de compensação de danos (justiça reativa) e *injunctions* (justiça proativa) remete a diferença entre os tribunais de *common law* e *equity* ocorrida na Inglaterra medieval até a primeira metade do século XX nos Estados Unidos da América do Norte, FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and Its Alternatives: An Introduction to Procedure*. Foundation Press, p. 26/32. Para uma crítica ao modelo de litigação tradicional em relação aos direitos coletivos, ver ainda, VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 50-55.

9. Utilizamos a expressão "litigação" sugerida por Salles, ou seja: "no mesmo sentido de *litigation*, termo usual na doutrina norte-americana para designar os conflitos sociais orientados no sentido de uma solução pelas normas oficiais, acionando ou ameaçando acionar o aparelho estatal". (SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de Interesse público*, p. 54-55).

10. Utiliza essa terminologia o trabalho de NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmilla. *Acesso à justiça democrática*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 86 e ss.

sim interesses e direitos "marginalizados", já que muitas vezes estes estão representados em número de pessoas infinitamente superior aos interesses ditos "majoritários" na sociedade, embora não tenham voz, nem vez.¹¹

Não nos referimos, assim, ao caráter eminentemente público, aliás ineliminável em seu caráter de fundo, do próprio Direito Processual Civil como instrumento de exercício do poder estatal e pacificação de conflitos, ou seja, ao seu conteúdo público de retorno à sociedade de respostas estabilizadoras dos conflitos e ao seu caráter público na elaboração formal das normas – ainda que mitigado pelo respeito ao autorregramento da vontade e à tutela adequada dos direitos pelo CPC.

Queremos ir além: a defesa do interesse público primário por meio de processos cíveis, inclusive na atuação de controle e realização de políticas públicas, permite falar aqui de uma expansão da tradicional *judicial review* brasileira voltada ao controle dos atos da administração e da constitucionalidade das leis em casos individuais, para uma *judicial review* em defesa de direitos coletivos, permitindo o controle e a adequação dos atos da Administração Pública e do Poder Legislativo à luz do direito material coletivo, tutelando todos os membros do grupo, de forma indistinta. A LLP nesses casos visa a medidas estruturantes (ver capítulo sobre aspectos gerais, item sobre decisões estruturais), postuladas por meio de ações coletivas ou certificadas em compromissos de ajustamento de conduta (acordo coletivo celebrado por órgão público legitimado à tutela coletiva) que permitam coordenar as atividades pela intervenção dos órgãos de garantia (Ministério Público e Poder Judiciário) até a satisfação integral da tutela do direito coletivo.

Como afirmou a doutrina: "A questão é ainda mais grave no campo da tutela coletiva. Nesse tipo de processo, pela peculiar interferência por ele gerada no âmbito econômico, político, social ou cultural, os problemas [...] são amplificados. Basta pensar no quão complexo é decidir uma ação coletiva que pretende o fornecimento de medicação a todo um grupo de pacientes, a construção de escolas ou de hospitais, ou a eliminação de certo cartel".¹²

11. Este é o sentido "amplo" de litigação de interesse público bem identificado por SALLES, Carlos Alberto de. "Processo civil de Interesse público". In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/RT, 2003, p. 39-77.

12. Cf. ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. *Revista de Processo*, vol. 225, p. 389, 2013; VIOLIN, *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*, p. 23.

2.2. Modelo experimentalista de reparação e medidas estruturantes (*structural injunctions e specific performance*)

interessante { A complexidade da matéria envolvida na implementação e aplicação de políticas públicas força a migração de um modelo meramente responsivo e repressivo do Poder Judiciário, modelo de atuação posterior aos fatos já ocorridos para aplicação da norma jurídica; para um modelo resolutivo e participativo, que pode anteceder aos fatos lesivos e resultar na construção conjunta de soluções jurídicas adequadas.

Essa mudança está amplamente amparada pela ótica do Processo Civil do Estado Democrático Constitucional adotada pelo CPC, a exemplo dos princípios da solução consensual, da primazia do julgamento do mérito, da boa-fé processual objetiva e da cooperação (arts. 3º, 4º, 5º e 6º do CPC), mas é ainda mais necessária para solução dos problemas surgidos em razão da sindicabilidade judicial de políticas públicas por meio de ações coletivas. A partir daí começaram a surgir na doutrina discussões sobre o *modelo experimentalista de reparação*, através do qual o juiz abre mão da centralidade no processo, reconhecendo a complexidade do problema da escolha das medidas necessárias, trazendo para o processo a ampla participação de todos os envolvidos, inclusive a sociedade civil, para delimitação de um *programa de resolução do conflito*.

interessante { Assim, são tomadas decisões mais flexíveis e provisórias, com inclusão dos envolvidos na supervisão das medidas adotadas, com a possibilidade de continuas revisões para adequação dessas medidas aos problemas surgidos ao longo de sua implementação, iniciando-se por decisões estruturantes (organizativas) que estabeleçam metas, objetivos e parâmetros de controle do cumprimento e da efetividade das medidas judiciais adotadas.¹³

Audiências públicas (arts. 927, § 2º, 983, § 1º, 1.038, II, CPC-2015) e a intervenção de *amicus curiae* (art. 138, CPC-2015) são naturais na adoção desta nova forma de decidir questões complexas.

A própria noção de execução muda, passando a ser exigida a execução civil desdobrada no tempo, a execução das chamadas “medidas judiciais estruturantes”.¹⁴ Essas medidas são voltadas para a tutela específica das

13. NUNES; TEIXEIRA, *Acesso à justiça democrático*, p. 94/96. Conferir ainda, citados pelos autores, SABEL, Charles F.; SIMON, William H. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1016/1095, 2004; BERGALLO, Paola. *Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina*. SELA (Seminário em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, Paper 44. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/44.

14. Já existem no Brasil alguns interessantes trabalhos sobre o tema, cf. ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 225, p. 389, 2013; JOBIM,

obrigações, muito além da pretensão obrigacional de satisfação de um crédito em dinheiro.¹⁵ Trata-se de medidas de performance específica (*specific performance*) em decisões com caráter estruturante (*structural injunctions*), adotando-se, na espécie, um modelo muito parecido com o modelo de execução do *common law*, voltado para a adequação da medida executiva às necessidades práticas de efetivação.¹⁶ A noção experimentalista e as medidas estruturantes permitem a um só tempo o conhecimento colaborativo do problema pelas partes e pelo juiz (*collaborative learning*) e uma maior responsabilização e legitimação democrática (*democratic accountability*), visando à efetividade da decisão judicial.¹⁷

As decisões estruturantes foram analisadas em item específico deste Curso, no capítulo sobre os aspectos gerais do processo coletivo.

2.3. Interesse público primário e interesse público secundário

Há uma distinção doutrinária importante para compreender a extensão e a intenção do termo "interesse público". Como ficou bem marcado pela melhor doutrina de direito administrativo, interesse público verdadeiro é o interesse primário, de acordo com o qual deverão atuar sempre os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

O interesse público secundário, representado nos interesses imediatos da administração pública, jamais pode desenvolver-se fora deste quadro estrito de consonância com o interesse público primário, que confere legitimidade e fundamento constitutivo aos atos do Poder Público. Na doutrina, transcrevendo a leitura de Renato Alessi (*Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*) assevera Celso Antônio Bandeira de Melo: "o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos,

Marco Félix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo* (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8, Fredie Didier Jr.). Salvador: JusPodivm, 2016.

15. ALMEIDA, Gregório Assagra de. "Execução Coletiva em Relação aos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos: Algumas Considerações Reflexivas". Mima Clanci e Rita Quartieri (coords.). *Temas Atuais de Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 316. No mesmo sentido, reforçando o papel da tutela executiva indireta, com meios de coerção, cf. VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 160.

16. Cf., para uma comparação entre os modelos de execução, TARUFFO, Michele. *A atuação executiva dos direitos: perfis comparados*. In: TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: Ensaio. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 85/116.

17. SABEL; SIMON, *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, p. 1.071.

patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito. Cita como exemplo de interesse *secundário* da administração o de pagar o mínimo possível a seus servidores e de aumentar ao máximo os impostos, ao passo que o interesse público *primário* exige, respectivamente, que os servidores sejam pagos de modo suficiente a colocá-los em melhores condições e tornar-lhes a ação mais eficaz e a não gravar os cidadãos de impostos além de certa medida".¹⁸

Os direitos coletivos *lato sensu* são direitos de interesse público primário quer em razão da dimensão do ilícito ou dano, quer em razão dos valores atrelados aos bens jurídicos tutelados ou do número de pessoas atingidas, extensão do grupo atingido.

Quando falamos de interesse público primário falamos também de determinados interesses individuais especialmente tutelados como direitos fundamentais do cidadão. Essa perspectiva ampla inclui os direitos coletivos *lato sensu* e também os direitos individuais indisponíveis caracterizados como *interesses de ordem social e pública* pela legislação ou pela Constituição.

Essa parece ter sido a intenção do legislador brasileiro.

A tese de que determinados direitos individuais devem ser compreendidos como direitos de interesse público foi defendida na doutrina e acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, "já temos defendido que a tônica da intervenção do Ministério Público consiste na indisponibilidade do interesse. Hoje vamos mais além. A par dos casos em que haja indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, será também exigível a atuação do Ministério Público se a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convier à coletividade como um todo. [...] Num sentido *lato*, portanto, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é acometido ao MP" (STF, RE 248.869/SP, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07.08.2003).¹⁹

Trata-se, portanto, de reconhecer, mais uma vez, as diversas dimensões da democracia: política, civil (autonomia da vontade), liberal (direitos de liberdade) e social (direitos sociais).

18. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, p. 603. Cf., no original, ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 148-155. O STF tem reconhecido essa distinção fundamental (cf. RE 393175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 1º de fevereiro de 2006, Boletim Informativo nº 414).

19. Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. "A atuação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro". *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 910, p. 223, ago/2011. Sobre o atual papel do Ministério Público na ordem jurídica, cf., ZANETI JR., Hermes. "Comentários aos art. 176 a 181 do CPC". In: STRECK, Lênio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 260-282.

Não há, no entanto, uma supremacia abstrata (independentemente do caso) do interesse público sobre o interesse individual.²⁰ A supremacia do interesse público deve ser verificada caso a caso, não sendo razoável que se estabeleça, *a priori*, que, em qualquer conflito envolvendo o interesse público e o interesse particular, deva aquela prevalecer sobre esse.²¹ A prevalência do interesse público é, apenas, "uma regra abstrata de preferência em caso de colisão (*Kollisionspräferenzregel*)".²²

2.4. A implementação e controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário (judicial activism, judicial restraint e ativismo judicial seletivo): ativismo da lei e da Constituição em matéria de políticas públicas no Brasil

O Supremo Tribunal Federal tem permitido, em situações de extrema necessidade, a implementação de políticas públicas mediante intervenção direta do próprio Poder Judiciário;²³ da mesma forma tem decidido o Superior Tribunal de Justiça²⁴.

20. ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'". In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-215.
21. ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", cit., p. 202.
22. ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", cit., p. 185.
23. Isto ocorre, quer no atendimento de creches e a implementação da educação infantil pré-escolar, (AI 761908 RG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24/05/2012, Acórdão Eletrônico Dje-155 Divulg 07-08-2012 Public 08-08-2012, autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal. Dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, julgado em repercussão geral); quer no reconhecimento extraordinário de legitimação ao Ministério Público, reconhecimento da repercussão geral quanto à legitimação do MP (RE 605533 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 01/04/2010, Dje-076 Divulg 29-04-2010 public 30-04-2010 ement vol.-02399-09 pp-02040 lexstf v. 32, n. 377, 2010, p. 243-246, possui repercussão geral a controvérsia sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas e Enunciado da súmula do STF nº 643 "O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegitimidade de reajuste de mensalidades escolares", e ainda o RE 631.111/GO); políticas públicas de saúde, (ADPF 45 MC/DF, ARE 745745 AgR, Rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, processo eletrônico DJe-250 divulg 18-12-2014 public 19-12-2014, impossibilidade de alegar a reserva do possível diante do mínimo existencial, tutela para manutenção da rede de assistência à saúde da criança e adolescente, entre outras tutelas do direito subjetivo à saúde). Cf., ainda, FREIRE JR, Américo Bedé. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.
24. Existem diversos acórdãos do STJ, seja em direito material e processual: REsp 1488639/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014, possibilidade do controle judicial de políticas públicas em casos excepcionais, sendo inoponível a reserva do possível quando diante do mínimo existencial, especialmente em direitos sociais fundamentais, como o direito à saúde. Determinação de bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial consistente em fornecimento de medicamento ou tratamento de saúde; AgRg no AREsp 36.394/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012,

Em especial, deve ser ressaltada a limitação do ativismo judicial (*judicial activism*) ao conteúdo da lei e da Constituição (*judicial restraint*), nos termos expostos pelo Min. Herman Benjamin:

“No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei” (REsp 650.728/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe 02/12/2009).

Isto significa dizer que assumindo a postura interpretativa realista moderada e responsável, mesmo que seja reconhecido um dever de reconstrução do ordenamento jurídico ao julgador, não pode ele se eximir da responsabilidade de aplicar a lei e a Constituição.

A lição do Min. Herman Benjamin precisa ser completada, diante do Código de Processo Civil brasileiro.

O Brasil adota, com o art. 927 e incisos do CPC, um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes; logo, para além da lei e da Constituição os juízes e tribunais estarão obrigados, normativamente, a seguir os precedentes-norma²⁵. São considerados precedentes-norma as

DJe 12/04/2012, determinação de internação em rede privada inexistindo vaga de UTI na rede pública; REsp 1068731/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012, “a reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vllipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes”; AgRg na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.427/CE, o ativismo judicial pode legitimar-se para integrar a legislação onde não exista norma escrita, recorrendo-se, então, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito; REsp 666.419/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 27/06/2005, p. 247, entendendo a possibilidade de diligenciar o juiz acerca dos bens do devedor mediante o BACEN JUD, tornando-se despidendo imaginar-se um prévio pedido de quebra de sigilo, não só porque a medida é limitada, mas também porque é o próprio juízo que, em ativismo desejável, colabora para a rápida prestação da justiça. Acaso a constrição implique em impenhorabilidade, caberá ao executado opor-se pela via própria em juízo; REsp 666.419/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 27/06/2005, p. 247, ativismo judicial em matéria probatória diante de perplexidade no processo.

25. ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ªed. revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016.

decisões em controle de constitucionalidade concentrado, as súmulas vinculantes, as decisões em incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos especial e extraordinário repetitivos e incidente de assunção de competência, as teses consagradas em súmula do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional, além das decisões dos órgãos plenários e das cortes especiais às quais os juízes e tribunais estiverem vinculados (art. 927, incisos I, II, III, IV e V, CPC).

A regra passa a valer imediatamente, atingindo as decisões anteriores. Portanto, em matéria de políticas públicas e controle judicial aplica-se sobre os casos já julgados com potencial de formarem precedentes.

Por exemplo, o bloqueio judicial de verbas públicas, decidido no regime do art. 543-C do CPC-1973, nos casos de fornecimento de medicamentos: cabe ao juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o *sequestro de valores do devedor (bloqueio)*, segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação (REsp 1069810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013 – art. 543-C do CPC/1973 c/c Res. 08/2009 do STJ).

O STF decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que sejam realizadas obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, sua integridade física e moral. A ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul foi julgada em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e reverteu entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que entendia que o Poder Judiciário não poderia adentrar matéria reservada à Administração Pública. O juiz de primeiro grau havia determinado a reforma do presídio em seis meses, pois o MPRS comprovara o risco de vida para os detentos, não só pelas condições degradantes, mas pela exposição à fiação elétrica e a possibilidade de choques que poderiam causar a morte dos apenados. A decisão aborda os direitos fundamentais como fundamento para reverter o quadro dos presídios brasileiros, nos quais mais de 600 mil presos encontram-se em situações degradantes. Ao final, o relator aponta a existência de recursos no Fundo Penitenciário Nacional, da ordem de 2,3 bilhões de reais, o que impediria qualquer argumento quanto à reserva do possível fática.

Foi então aprovada a seguinte tese de repercussão geral pelo Plenário do STF (tema 220), portanto, com força vinculante: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigações de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em

estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes." (RE 592581, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-018 divulg 29-01-2016 public 01-02-2016).²⁶

interesse { Evidentemente, o controle judicial de políticas públicas tem regras e não deve ser um cheque em branco passado ao órgão julgador para ele questionar políticas públicas exitosas fundadas em normas constitucionais e legais. O risco do *ativismo judicial seletivo*,²⁷ ou seja, o controle indevido de decisões judiciais sobre políticas públicas que implantam normas constitucionais e legais é um efeito colateral da possibilidade de controle das políticas públicas que deve ser combatido no direito brasileiro, mas que não infirma a necessidade de decisões judiciais para *implementação* de políticas públicas legais e constitucionais.

O STJ, por exemplo, negou a possibilidade de o Poder Judiciário servir de instrumento para a reversão de políticas públicas em prol de interesses de grupos ou setores da economia, por exemplo, no caso da importação de *pneus usados*. Como ficou assentado, na ação movida em face da União e do IBAMA, a proibição instituída pelo Estado sobre a importação de pneus usados é de

26. Assim, "REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I – É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II – Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III – Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV – Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V – Recurso conhecido e provido. (RE 592581, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-018 divulg 29-01-2016 public 01-02-2016). Vale a leitura da íntegra do brilhante, detalhado e extenso voto do Relator, Min. Ricardo Lewandowski."

27. O ativismo judicial seletivo decorre de uma posição revanchista em relação às políticas públicas definidas na lei e na Constituição NUNES; TEIXEIRA, *Acesso à Justiça Democrática*, p. 86 e ss. Em especial, argumentam os autores: "Hoje parece inegável a relevância dos atores do Judiciário no contexto democrático vigente. Parte-se do pressuposto de que a judicialização indica e catalisa a formação de uma 'cidadania ativa no âmbito da sociedade civil', mas não deixa de abrir a porta dos fundos para a subministração de uma racionalidade finalística, própria da ação política, no campo do direito" (p. 89).

alcance geral, sem exceção, e decorre do exercício do poder de polícia, neste caso com o objetivo de conter prejuízo real e potencial à saúde e ao meio ambiente, além de originar-se de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Como regra, não passa de despropósito querer submeter políticas públicas, mais ainda as legisladas, à perícia judicial, excluída a possibilidade de exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental Estratégico, quando a sua implementação e concretização demandarem a realização futura de obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente (REsp 1129785/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 04/05/2011). Esse caso é particularmente relevante pois o STF já havia decidido pela constitucionalidade da lei em ação de controle de constitucionalidade (STF, ADPF 101/DF), havendo, consequentemente, precedente vinculante na matéria (art. 927, I, CPC-2015).

2.5. Para além da “politização da justiça” em uma democracia de direitos: uma conclusão parcial

Acreditamos que ao conceito de ações coletivas para tutela dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos no Brasil, de acordo com a nossa Constituição e as nossas leis, deva imperativamente aderir este novo elemento: a ação coletiva precisa caracterizar-se como um processo de interesse público primário.

A doutrina internacional preocupa-se, desde há muito, com o tema do processo civil de interesse público. Alguns exemplos podem ser citados. Para além do trabalho de Abram Chayes e outros já referidos, o excelente trabalho de Mauro Cappelletti: “O Papel do Ministère Public, da Prokuratura e do Attorney General na Litigação Civil – Com o Acréscimo de Outras Formas de Representação do Interesse Público e dos Grupos nos Procedimentos Cíveis” à guisa de relatório geral ao IXº Congresso Internacional de Direito Comparado publicado em: CAPPELLETTI, Mauro; JOLOWICZ, J.A. “Public interest parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation”. Milano/New York: Giuffrè/Oceana Publications, 1975.

Ainda, vale conferir o profundo trabalho de Mirjan R. Damaska. “The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process”. New Haven/London: Yale University Press, 1986. Neste trabalho o autor configura três tipos de relação entre as faces da justiça e a autoridade estatal: a) o modelo hierárquico de autoridade, vocacionado à implementação de políticas públicas (Europa continental); b) o modelo coordenado de utilização do poder, vocacionado para a solução dos conflitos (Estados Unidos da América do Norte); e, por último, o modelo híbrido que está em formação e

que parece mais indicado para realizar as tarefas de uma democracia de direitos, contramajoritária em essência, que se caracteriza por uma esfera deliberativa procedimental e em sociedades pluralistas, c) o *modelo coordenado de implementação de políticas públicas*. Este último modelo também está especialmente voltado para a atuação do controle e da realização de políticas públicas através do Poder Judiciário. Note-se bem, “através”, uma vez que o Judiciário é inerte e o modelo coordenado exige autoridade compartilhada, ficando o juiz adstrito aos limites do contraditório renovado, não meramente formal (dever de debate e direito de influência, cf. art. 7º e 10 do CPC-2015, especialmente a vedação da decisão-surpresa). Por outro lado, a doutrina nacional se vem debruçando sobre a questão da “litigação” de interesse público (LIP). Podemos indicar alguns trabalhos muito interessantes nessa perspectiva. Confrontar, por exemplo, “Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social” livro organizado por Carlos Alberto de Salles, contando com prestigiados autores nacionais que vale mencionar: Ada Pellegrini Grinover; Adilson Abreu Dallari; Cássio Scarpinella Bueno; Donaldo Armelin; Floriano Azevedo Marques; Hugo Nigro Mazzilli; José Eduardo Faria; José Reinaldo Lima Lopes; José Roberto dos Santos Bedaque; Kazuo Watanabe; Maria Sylvia Zanella di Pietro; Milton Sanseverino; Rodolfo Camargo Mancuso.²⁸

Iniciativa do CEBEPJ reunião uma série de especialistas na matéria do controle jurisdicional de políticas públicas em um grande projeto de reflexão sobre o tema. O projeto, coordenado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, contou com a participação de professores, mestrandos e doutorandos de diversos programas de pós-graduação brasileiros, sendo estruturado a partir da leitura de textos e decisões judiciais. Entre os autores, podemos citar, Ada Pellegrini Grinover, Camilo Zufelato, Carina Gomes dal Molin, Cesar Augusto Alckimin Jacob, Éder Ferreira, Eurico Ferraresi, Hermes Zaneti Jr., Juliana Justo Botelho Castello, Juliana Maia Daniel, Kazuo Watanabe, Livia Regina Savernini Bissoli Lage, Luís Francisco Aguilar Cortez, Marco Antonio da Costa Sabino, Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Maria Tereza Sadeck, Maria, Veronica Monteiro de Melo, Nilva M. Leonardi Antonio, Osvaldo Canela Junior, Priscila Faricelli de Mendonça, Samuel Meira Brasil Jr., Susana Henriques da Costa, Vitor Burgo, Vivian Maria Esper. Ao final do trabalho de pesquisa foram realizados seminários e proposto o texto de um projeto de lei sobre políticas públicas. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2011.

Há também o surgimento no direito processual de um debate polarizado entre processualistas *ultraliberais* e processualistas *ultraestatais*,

28. Sobre litígios de Interesse público e o ativismo judicial em políticas públicas, conferir na doutrina Argentina, BERIZONCE, Roberto O. *Tutelas Procesales Diferenciadas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 109-150; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia Colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 235-255.

para os processualistas liberais, neoprivatistas, autodenominados garantistas (garantismo processual) o processo seria um instrumento de tutela dos direitos de liberdade e seria vedada qualquer conduta ativa do juiz para suprir as deficiências das partes no processo; para os processualistas sociais mais radicais, a simples presença do interesse público no resultado do processo autorizaria o juiz a adotar quaisquer meios para obter a verdade real e efetivar a justiça material através do processo, este grupo é denominado de "ativistas judiciais". Evidentemente é necessário um meio termo entre ambas as correntes, adequado à junção dos direitos de liberdade, compreendidos como limites, e dos direitos sociais, entendidos como vínculos, que estruturam, como vimos, as democracias constitucionais.

Verifica-se, então, que ao Poder Judiciário foi conferida uma nova tarefa: a de órgão colocado à disposição da sociedade como instância organizada de solução de conflitos metaindividuais. Tal tarefa vem sendo tachada de "politização da Justiça", entendida como *ativismo judicial em senso negativo*. Evidentemente o ativismo não é do juiz ou do Ministério Público, mas da lei e da Constituição, sempre exigindo um trabalho de coordenação com a atividade das partes e o respeito à Constituição na realização de políticas-públicas.²⁹

Esse compromisso não representava uma realidade premente antes da atual Constituição, sendo esporádica e não significativa, pelo menos no Brasil, a intervenção do Judiciário nas temáticas respeitantes à comunidade. O Judiciário mantinha-se inerte, ligado à justiça responsiva e repressiva (Estado Liberal). Apenas algumas decisões em ações populares (com o alargamento dos conceitos de patrimônio e de lesividade por parte dos juízes) e na ação civil pública (já na década de 80) permitiam falar em uma atividade judiciária mais proativa e voltada para defesa dos novos direitos fundamentais no Brasil, resolutiva e participativa.³⁰

29. Conforme Damaska este modelo processual se caracteriza pela implementação de políticas públicas (*policy-implementing*) pertencente à burocracia-de-coordenação (*coordinate officialdom*) entre a vontade estatal e a participação dos cidadãos (DAMASKA, *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. p. 226-239). O autor apresenta um exemplo desse paradigma na "litigação" de interesse público norte-americana: "The most perplexing examples of coordinate policy implementation are found in the more recent American practice of using civil procedure in the 'public interest'. These cases take many forms, but the variant of greatest interest here is a lawsuit brought by a plaintiff acting on behalf of a large interest group against the miniofficialdom of a school, hospital, prison, or independent governmental agency." (Id., p. 237)

30. "Antes da Constituição de 1988, era negligenciável a judicialização da política no Brasil, embora nalguns pontos ela já aparecesse. Não por obra do Supremo Tribunal Federal que, no tocante ao controle de constitucionalidade, sempre assumira uma posição de contenção, mas devido a atuação de juízes e tribunais estaduais." (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 12, p. 189-197, 1996. p. 190)

A Constituição Brasileira de 1988 potencializou ao máximo o papel do Judiciário e do Direito, fundando um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito. Criou, outrossim, para além de ter reconhecido expressamente uma dimensão coletiva de direitos fundamentais, institutos para a efetivação destes direitos, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental; desvinculou o Ministério Público Federal das tarefas de defesa dos interesses da União (art. 129, IX da CF/88), atribuindo à Advocacia Geral da União as atividades de representação dos entes estatais; subdividiu as competências dos tribunais de forma a garantir ao Supremo Tribunal Federal a defesa "precípua" do texto constitucional.

Como ficou assentado, a partir da visão da ciência política:

"Com a Constituição de 1988, o objeto de tutela da ação civil pública passa a ser todo e qualquer interesse difuso da sociedade, abrangendo: direitos relativos à saúde; à previdência; à assistência social; à educação; ao meio ambiente sadio; à maternidade; à infância; à adolescência; às pessoas portadoras de deficiência; à função social da propriedade. O maior ganho advindo da tutela dos direitos difusos e coletivos está na possibilidade de democratizar o acesso à justiça, uma vez que abrange grupos e coletividades. E mais ainda: trata-se do reconhecimento da existência de conflitos que não são de natureza individual, mas coletiva; não tem por objetivo o indivíduo abstrato ou genérico, mas o indivíduo em sua especificidade, isto é, como consumidor, como criança, como idoso, como negro, como deficiente físico, como portador de uma doença, como desprovido de habitação. Enfim, é um instrumento legal para corrigir desigualdades, um instrumento de justiça distributiva [p. 16] Os agentes políticos encontram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena, tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de majorias legislativas [p. 16/17] Essas balizas levam a concluir que a relação entre o Poder Judiciário e as políticas públicas é indissociável e previsível. Se esta associação tem validade para a extensa maioria dos países democráticos, no caso brasileiro, a combinação da engenharia institucional presidencialista e a ampla constitucionalização de direitos fazem com que ela se apresente em graus significativamente mais altos de probabilidade. Em consequência, assiste-se à confluência de fenômenos correlatos: de um lado, a limitação da margem de discricionariedade dos atores políticos com atuação no Executivo e no Legislativo e, de outro, a ampliação das possibilidades de interferência do Judiciário. Esses eventos sinalizam a favor da hipótese da configuração de um cenário extremamente propício para a participação de magistrados na condição de protagonistas privilegiados [...] No que diz respeito à atuação da magistratura, saliente-se que o Judiciário age fundamentalmente por provocação. Ademais, a Emenda n. 45 ampliou o poder

de agenda [em nota: especialmente por meio da repercussão geral] do Supremo Tribunal Federal, acentuando as possibilidades de-o Judiciário desempenhar papel de destaque [p. 19]. A definição do papel do juiz como a de um ator político envolve o reconhecimento de que suas atribuições produzem impactos sociais, econômicos e políticos [p. 22]. O juiz inanimado cedeu espaço para o magistrado ator político de expressão.³¹

Portanto, a emergência dos direitos fundamentais de terceira geração contribuiu para um aumento do controle jurisdicional de políticas públicas, mediante medidas de justiça distributiva, resolutiva e participativa, adotadas pela lei, pela Constituição e aplicadas pelo Poder Judiciário como instituição de garantia.

interessante Assim, mesmo que se desenhe alguma resistência quanto à presença constante de interesse público primário nas ações coletivas quanto às partes (por exemplo: ricos proprietários de imóveis ou veículos importados) ou à natureza dos bens (imóveis de alto valor, veículos de luxo), o elevado número de pessoas, a natureza dos bens jurídicos tutelados e as características do ilícito ou da lesão sempre indicam a constância do interesse público nos processos coletivos, até mesmo como forma de proteção dos réus contra ações infundadas.

Retomando, são aspectos que ressaltam o interesse público e o manifesto interesse social dessas demandas: a) a natureza e relevância dos bens jurídicos envolvidos (meio ambiente, relações de consumo, saúde, educação, probidade administrativa, ordem econômica etc.); b) as dimensões ou características do ato ilícito ou da lesão; c) o elevado número de pessoas atingidas. Como se pode verificar, por exemplo, a previsão do art. 5º, § 4º, Lei n. 7.347/1985, *in fine*, que corrobora essa ótica, ao afirmar que o requisito da pré-constituição anual das associações poderá ser afastado: "quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido". Daí a obrigatória e constitucional intervenção do Ministério Público nos processos coletivos, quer nos processos coletivos das ações coletivas (microsistema, em que atuam como núcleo a LACP e CDC), quer no processo coletivo das questões repetitivas (art. 928, CPC).

Núcleo do microsistema nos ~~micro~~ processos coletivos das ações coletivas → LACP e CDC

31. SADEK, Maria Tereza. "Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2011, p. 28 (e demais citadas na transcrição).

3. O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO, O PAPEL DO CÓDIGO DE DEFESA-DO CONSUMIDOR E O DIÁLOGO DAS FONTES COM O CPC-2015 (ERA DA RECODIFICAÇÃO)

3.1. Generalidades

Em um primeiro momento, logo após a Segunda Grande Guerra, os ordenamentos jurídicos passaram a se desfazer das certezas dos antigos Códigos.

Parcela das matérias tratadas pelos Códigos migrou para leis especiais e as constituições assumiram o papel de centralidade no sistema. Esse período foi chamado de “Era da Descodificação” (“L’Età della Decodificazione”), anunciando a ruptura com um modelo jurídico centrado nos Códigos, na univocidade da lei e na completude do ordenamento, um modelo “demasiadamente abstrato e ingenuamente totalizante”.³²

O CPC de 1973 é um Código que nasceu com alma de código oitocentista, técnico e individualista, fechado, pretensamente unívoco em seus significados e completo em sua extensão.³³ Como seus análogos europeus, não resistiu ao tempo.³⁴ As leis novas surgiram, a exemplo das leis de processo coletivo, e foram então agrupadas em microssistemas, procurando criar um sentido e uma lógica próprios para cada novo ramo do direito.

Quando falávamos em “descodificação” e “microssistemas”, geralmente debruçávamo-nos sobre o direito civil, berço destes conceitos; aos poucos, porém, fomos compreendendo a extensão também para outros ramos, como o direito administrativo, direito penal,³⁵ processual penal,

32. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do Direito Civil no Século XXI: De Volta para o Futuro? (parte 1). *Revista Consultor Jurídico*, 4 de abril de 2016. www.conjur.com.br, acesso em 05.04.2016. No texto o autor demonstra que a tese de Irti sobre a descodificação nunca fora uma análise axiológica e que os Códigos teriam um plusvalor político em relação à legislação, citando outro trabalho de Irti (*Codice Civile e Plusvalore Politico*), fala em um significado unificante e uma capacidade mediadora. Defenderemos estas ideias em relação ao CPC.

33. ANDRADE, Fábio Siebenelchler de. *Da Codificação. Crônica de um Conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

34. VAN RHEE, C.H. Introduction. In.: VAN RHEE, C.H. *European Traditions in Civil Procedure*. Oxford: Intersentia, 2005, p. 3/23. O inteiro livro é sobre as codificações europeias, analisando o novo processo de codificação no processo civil. Chama atenção a semelhança com a codificação brasileira de 2015.

35. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Direito penal - sistemas, códigos e microssistemas*. Curitiba: Juruá, 2004. Para uma crítica dos microssistemas em matéria penal, propondo o princípio da “reserva de código” cf. FERRAJOLI, Luigi. Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código em matéria penal. Trad. Nicolás Guzmán. In.: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e Garantismo*. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2008, p. 220/233. Analisando o equívoco da descodificação em matéria penal e explicando o princípio de reserva de Código de Luigi Ferrajoli, cf. ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 106 e ss.

processual civil e o próprio microssistema do processo coletivo, que iremos analisar aqui. É bom frisar, enfim: os microssistemas e a descodificação não são fenômenos exclusivos do direito civil; há, por exemplo, microssistemas penais e processuais penais.

O próprio Direito Civil, no entanto, começou a abordar o tema sob outra perspectiva: a da "Recodificação".³⁶ No caso do Direito Civil tivemos um novo Código Civil brasileiro em 2002, e muita coisa mudou.

Além disso, o legislador, para garantir a efetividade dos diplomas normativos, muitas vezes valeu-se de regras heterotópicas (de outra natureza): quando o legislador criou o microssistema de defesa do consumidor, não descuro de apontar regras processuais para a efetivação dos direitos ali assegurados, além de normas de direito administrativo e de direito penal.

Neste momento, interessa-nos apontar a existência de um microssistema processual para a tutela coletiva, como, aliás, já vem sendo defendido pela doutrina:

"Com a certeza da importância dos *microssistemas* para o direito privado, tema que desperta o interesse de grandes juristas a respeito, papel de destaque há de ser dado também no *direito processual civil*, quanto à possibilidade da formação de *sistema especial* concernente à tutela coletiva. Aferindo-se pois a existência do *microssistema coletivo*, que cuidará, com regras e princípios próprios, processualmente da tutela de massa à margem do Código de Processo Civil, pelo caráter individual deste..."³⁷

Estes microssistemas evidenciam e caracterizam o *policentrismo* do direito contemporâneo, vários centros de poder e harmonização sistemática: a Constituição (prevalente sobre todos os demais, em razão de ser o fundamento de validade formal e material no ordenamento jurídico), o Código de Processo Civil e as leis especiais.

É preciso observar essa importante novidade.

O CPC-2015 não é um Código oitocentista. Assume, novamente, o dever de dar unidade narrativa ao direito processual (art. 15, aplicação supletiva e subsidiária aos demais processos de produção de normas jurídicas). Organiza, pela introdução de uma Parte Geral e pela consagração de normas

36. Este movimento, aliás e diga-se de passagem, surgiu como exortação nos artigos seminais de Natalino Irti em 1979, como um necessário contraponto da "descodificação". Cf. IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*, 4 ed. Milano: Giuffrè, 1999, esp. p. 29-39. Propositadamente referimos ao texto original da coletânea para marcar o momento histórico em que Irti começa a sugerir uma recodificação que preserve os caracteres estruturais do direito civil, um direito civil comum a todos os microssistemas e dos quais estes não podem fugir para realização de interesses imediatistas dos "grupos" de pressão.

37. MAZZEI, Rodrigo. *A ação popular e o microssistema do processo coletivo*, no prelo.

fundamentais, um outro patamar de unidade, um sistema aberto, flexível e combinado com a Constituição e com os microssistemas processuais, em especial, com o processo coletivo, fazendo referência expressa às ações coletivas (art. 139, X e art. 985, I e II). Não está de costas para o microssistema da tutela coletiva: o CPC o abraça e o envolve, sendo a ponte entre o processo coletivo e a Constituição.

Por tudo isso, pode-se dizer que o CPC exerce papel relevantíssimo no sistema normativo de tutela jurisdicional coletiva. O fato de haver microssistema não elimina o papel de um Código na regulação jurídica da matéria.

Os microssistemas não são um bem em si mesmos, um valor a ser perseguido. Já na origem, a análise de Natalino Irti sobre a existência de microssistemas era mais descritiva do fenômeno, não axiológica; assumidamente tratava o tema com (ao menos a tentativa de) neutralidade.

"A hipótese da descodificação não toma partido entre os 'valores', não exprime preferências por um ou outro conteúdo legislativo, mas se atém a descrever um fenômeno do nosso tempo e a sugerir-lhe as apropriadas técnicas de estudo. Esta não pode ser considerada responsável por aquilo que acontece, e pelo modo como acontece".³⁸

Claramente, Irti defende um critério distinto, o valor político *atual* dos Códigos, um plusvalor dos Códigos em relação aos microssistemas: dar unidade e harmonia aos sistemas em conformidade com a Constituição.

O autor eleva os Códigos ao seu papel na luta política pela afirmação de direitos, auxiliando a superar inclusive as crises da Constituição, que por falta de leis de atuação acaba por se tornar uma norma vazia. O CPC dá grandes exemplos desta necessidade de leis de atuação, exemplos que irão impactar o processo coletivo: a) as normas fundamentais da parte geral, em especial o princípio do estímulo à autocomposição (art. 3º, § 3º), o princípio da primazia do julgamento de mérito e da sanabilidade dos defeitos dos atos processuais (art. 4º), os princípios da boa-fé e da cooperação (arts. 5º e 6º), o contraditório para o juiz e a vedação de decisão surpresa (art. 10); b) a exigência da fundamentação analítica adequada (art. 489, §§ 1º e 2º); c) os precedentes obrigatórios (arts. 926 e 927), entre outros. Cumpre, assim, a missão de um Código do seu tempo, um Código do século XXI.

Por essas razões, pensar em recodificar significa imaginar uma função nova aos Códigos, leis institucionais de garantia das relações entre

38. IRTI, *L'Età della Decodificazione Vent'Anni Dopo*, in: IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 8-9.

sociedade política e sociedade civil,³⁹ uma unidade dinâmica, que não seja fechada em si mesma, uma função que contribua para a harmonização dos microssistemas com a Constituição, bem como para a preservação dos valores jurídicos comuns na elaboração de novos microssistemas.

Esta ordem de ideias pode ser facilmente transportada para a função do Código de Processo Civil e do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor no microssistema de processo coletivo como elementos harmonizadores do microssistema da tutela coletiva⁴⁰.

3.2. O CDC como um "Código de Processo Coletivo Brasileiro"

O CDC (Lei nº 8.078/1990) surgiu por imposição expressa do art. 5º, XXXII, da CF/88 e do art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

O estatuto dispõe a matéria em seis títulos, sendo principal, para este estudo, o Título III "Da Defesa do Consumidor em Juízo". Ali, já no art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III,⁴¹ estabelece o Código *os conceitos de direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos*, atingindo, assim, um tema que até então não havia sido esclarecido por nenhuma legislação nacional de forma expressa e que era conturbado, inclusive na doutrina especializada.⁴²

O texto da lei, que teve seu anteprojeto elaborado por eminentes professores da área processual, entre estes Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Jr., levou em consideração as modernas preocupações com a efetividade e com a facilitação do acesso à justiça pelo consumidor. Nesse sentido, apresentam-se, como mudanças importantes, à época, um novo enfoque da *par conditio* (com a transposição de uma

39. IRTI, *L'Età della Decodificazione Vent'Anni Dopo*, p. 9.

40. Sobre o papel dos Códigos, nessa Era da Recodificação, LEONARDO, Rodrigo Xavier. "Codificação do Direito Civil no século XXI: de volta para o futuro? (parte 1)". *Revista Consultor Jurídico*, 04.04.2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte>.

41. "Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

42. Esse tema, sua dificuldade e a forma de caracterização desses direitos no processo serão tratados no capítulo seguinte.

igualdade formal para uma igualdade mais substancial entre as partes: igualar os desiguais) e novas técnicas para as ações coletivas, tudo sem afastar a garantia do devido processo legal.⁴³

A *par conditio* (igualdade das partes) também foi protegida no CPC, de uma igualdade formal para uma igualdade material, como se percebe em vários dispositivos, em especial na combinação do arts. 4º, 7º e 8º; uma paridade de armas que respeite a adequação ao direito material (adequação objetiva), a dignidade da pessoa humana e as circunstâncias subjetivas das partes (adequação subjetiva) e à solução integral e efetiva do mérito (adequação teleológica).

O CDC, ao alterar a Lei n. 7.347/1985 (LACP), atuou como verdadeiro agente unificador e harmonizador, empregando e adequando à sistemática processual vigente do Código de Processo Civil e da LACP⁴⁴ para defesa de direitos "difusos, coletivos, e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11.09.1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".⁴⁵

Com isso criou-se a novidade de um *microsistema processual para as ações coletivas*. No que for compatível, seja a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança coletivo, aplica-se o Título III do CDC.⁴⁶ Dessa ordem de observações fica fácil determinar, pelo menos para as finalidades práticas que se impõem, que o diploma em enfoque se tornou um verdadeiro "Código Brasileiro de Processos Coletivos" um "ordenamento processual geral" para a tutela coletiva.⁴⁷

Cabe lembrar que o art. 1º do CDC o define como *norma de ordem pública e interesse social*, reforçando a sua eficácia sobre as demais normas integradoras do sistema e seu caráter inovador, no que Cappelletti chamou

43. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 608.

44. Arts. 90 e 117 do CDC, esse último acrescenta o art. 21 à LACP.

45. Art. 21, da Lei 7.347/1985, redação alterada pelo CDC.

46. Sobre a existência de um sistema de tutela processual para direitos coletivos, lembra GIDI, que o veto presidencial ao art. 89 do CDC, que expressamente declararia a extensão dos dispositivos do Título III do Código a todas as ações que tutelassem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos foi ineficaz, na medida em que continuaram vigentes os dispositivos dos arts. 110, 111 e 117 do Código que permitem a leitura similar através da ação civil pública. Afirma, ainda, o autor: "Em outras palavras, não somente o microsistema da coisa julgada, mas toda a parte processual coletiva do CDC, fica sendo, a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seria, por assim dizer, um *Código de Processo Civil Coletivo*". E conclui, "o Título III do CDC combinado com a LACP fará às vezes do Código Coletivo, como ordenamento processual geral." (GIDI, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 77 e 83).

47. GIDI, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 77.

de "*devido processo social*". Essa expressão, trazida por Cappelletti, representa o contexto retórico⁴⁸ em que até mesmo os mais "sagrados" princípios de Direito devem ser reconsiderados em vista das mudanças ocorridas nas sociedades contemporâneas. Pelo contrário, significa adaptação aos novos caminhos do processo, que deve dar lugar ou estar integrado a um "social ou coletivo conceito de devido processo", como única forma de assegurar e realizar a vindicação dos "novos direitos".⁴⁹

Todo esse raciocínio se justifica pela própria ótica propulsora das mudanças sociais que desaguarão na perspectiva externa do processo, no seu aspecto teleológico de realização da paz social com justiça.

A tradicional visão individualista do processo se tornou insuficiente e deficitária, forçando o estabelecimento de novas regras para a tutela dos direitos coletivos e das situações em que os direitos seriam mais bem atendidos se compreendidos como coletivos para fins de tutela, caso específico dos direitos individuais homogêneos.⁵⁰ A *disciplina comum das ações coletivas no Brasil encontra-se, portanto, estabelecida no Título III do CDC, que representa, por ora, o "Código Brasileiro de Processos Coletivos"*. Chega-se a essa conclusão, como foi visto, pela interpretação sistemática entre as regras do art. 21 da LACP⁵¹ e a do art. 90 do CDC⁵².

3.3. O microsistema do processo coletivo

O CDC não traz todas as disposições atinentes ao nosso processo coletivo e é importante integrar, no que existe de positivo, os diversos diplomas

48. O termo aqui representa não a visão da retórica como "adornos empoçados ou pomposos de um discurso" (Aurélio eletrônico), decorrente do descrédito da retórica quinhentista, mas, a sua perspectiva aristotélica onde o discurso constitui "ato de argumentação, cujo principal problema teórico é configurado pela sua relação com seus interlocutores." Revalorizando o potencial do discurso como formador de um "senso comum" para os juristas. (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. rev. e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, *passim*).

49. CAPPELLETTI, Mauro. "Vindicating the public interest through the courts". In: *The Judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, p. 304 apud BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. p. 101. Cf., também, VENTURI, Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. *passim*.

50. Sobre a doutrina individualista e sua insuficiência cabe a transcrição: "O tempo, porém, revelou ser essa disciplina absolutamente insuficiente em tela de ações coletivas em geral e do mandado de segurança coletivo em particular. Esse regramento veio a ser aperfeiçoado em seus pormenores mais significativos até o limite máximo da Ciência Jurídica contemporânea, através da promulgação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor." (GIDI, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 82).

51. Introduzida, como já foi expresso supra, pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90.

52. O art. 90 do CDC estabelece a aplicação subsidiária do CPC e da LACP no que não contrariar suas disposições expressas.

que referem sobre as ações coletivas. A doutrina nacional tem defendido a tese de que aos processos coletivos se aplicaria a teoria sobre os microsistemas, conforme visto. Assim, existiria no direito positivo brasileiro, já configurado, um "microsistema processual coletivo".⁵³

Esse microsistema é composto pelo CDC, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Ação Popular, no seu núcleo, e a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, na sua periferia. A única leitura possível deste microsistema atualmente será aquela que o articula, em um diálogo de fontes, com a Constituição e o CPC.

A Constituição é o fundamento de validade de todas as normas tanto no critério de sua formação como na aferição de sua conformidade *ex post facto* com os ideais constitucionais no momento de sua aplicação prática.

Dá Zagrebelsky falar em convergência para o centro, em conformidade do ordenamento jurídico com os direitos fundamentais expressos na Constituição, e não mais em uma pura e simples irradiação da força constitucional como vértice.⁵⁴ A Constituição representa o ápice do ordenamento e o ponto de controle de sua coerência interna, são as leis que devem se movimentar no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário.⁵⁵ Ao próprio intérprete, dentro da moldura constitucional, é relegada a função de identificar as fontes aplicáveis.⁵⁶

Com as normas fundamentais previstas no CPC, o ordenamento jurídico brasileiro se adequou a melhor teoria constitucional. O art. 1º do CPC, ao determinar que o Código será interpretado de acordo com as normas da Constituição Federal, por arrastamento, atingiu todas as normas processuais previstas nas demais leis extravagantes. Elimina-se o paradoxo

53. MAZZEI, Rodrigo Reis. "A ação popular e o microsistema da tutela coletiva", in Luiz Manoel Gomes Júnior (Coord.), *Ação popular - Aspectos controvertidos e relevantes - 40 anos da Lei 4717/65*. São Paulo: RCS, 2006.

54. Nas palavras do autor: "Per rendersi conto di questa trasformazione, si può pensare all'attuale costituzione non più come centro dal quale tutto derivava per irradiazione, attraverso la sovranità dello Stato cui si appoggiava, ma come centro verso cui tutto deve convergere, cioè come centro da guadagnare piuttosto che come centro da cui partire. La 'politica costituzionale' per mezzo della quale si punta a quel centro non è esecuzione della Costituzione, ma realizzazione della Costituzione, in uno dei mutevoli equilibri in cui può rendersi effettiva." ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992. p. 10. (grifo nosso).

55. Na autorizada dicção do grande constitucionalista português: "A problemática dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos a prestações, vem introduzir uma importante viragem nas relações materiais entre a lei e a constituição: a lei move-se dentro do âmbito dos direitos fundamentais e considera-se como exigência de realização concreta de direitos fundamentais" Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 483.

56. PINO, Giorgio. *Interpretazione e "Crisi" delle Fonti*. Modena: Mucchi, p. 2014.

metodológico do CPC-1973, que havia sido alvo de críticas da doutrina processual nacional, como a de Galeno Lacerda e a de Cândido Dinamarco.⁵⁷

E mais: o Direito brasileiro avançou, a partir do CPC-2015, com a inclusão dos precedentes obrigatórios entre as fontes normativas primárias (art. 926 e 927, CPC).⁵⁸ A concretização de direitos pelos tribunais irá aumentar a efetividade da tutela dos direitos e diminuir a discricionariedade dos juizes, garantindo, ao mesmo tempo, mais independência judicial.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconheceu o microsistema do processo coletivo, garantindo a inter-relação entre as diversas leis processuais coletivas, diplomas que se "*interpenetram e subsidiam*", conforme se colhe de diversas decisões e dos votos do eminente Min. Luiz Fux:

"A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se (...)".⁵⁹

A contribuição da doutrina está, entre muitas, na indicação de que os diplomas que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si, ou seja, apresentam uma ruptura com os modelos codificados anteriores que exigiam completude como requisito mínimo, aderindo a uma intertextualidade *intrassistemática*. Esta mesma intertextualidade se dá agora com o CPC. Quer dizer, as leis especificamente relacionadas à tutela coletiva assumem-se incompletas e, para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e muito dinâmica, encontram no CPC a regulamentação subsidiária e supletiva.

Como corolário desse quadro surge imperativo o recurso da comunicação entre os diplomas legais para lhes dar atualidade e organicidade.⁶⁰

57. Sobre o tema, ZANETTI JR., A Constitucionalização do Processo, *passim*.

58. ZANETTI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

59. STJ - RESP nº 510.150/MA, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU, de 29.3.2004, p. 173. Também reconhecendo a existência de um microsistema de tutela coletiva, cf.: STJ, 2ª T., REsp nº 1.217.554/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 15.08.2013, publicado no DJe de 22.08.2013.

60. Retomando a lição de Mazzei: "Há uma tendência, cada vez maior, de comunicação entre os diplomas legais. No particular, o atual Código Civil (CC/2002) vale-se das cláusulas gerais extensivas, que permitem o alargamento da regulação jurídica, através do uso de regras de outros textos legais, como ocorre na parte final do parágrafo 1º do artigo 1.228, ao remeter a conformidade do uso da propriedade com o estabelecido na lei especial. Essa técnica, uma novidade na nossa codificação civil, que trabalhava com o discurso de completude, foi uma das formas de se tentar manter o CC como corpo legislativo com constante enjamento e atualização, evitando o engessamento e superação de seus dispositivos. Mais ainda, com as cláusulas gerais extensivas, permite-se uma intensa comunicação do CC, em função participativa, com a CF (naquilo que interessa ao direito privado) e com os microsistemas previstos em

Um excelente exemplo de problema que poderia ser resolvido sob esta ótica é a viabilidade da pessoa jurídica de direito público "trocar" de polo nas ações coletivas em geral, a exemplo dos arts. 6º, § 3º, da Lei de Ação Popular e 17, § 3º, Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), ou ainda, a necessidade de remessa necessária nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito ou de ser julgada improcedente a demanda, art. 19 da Lei de Ação Popular, temas que serão examinados em capítulos próprios, mais adiante.

Revela-se, desta forma, que o *Código de Processo Civil de 1973* havia perdido sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, seus princípios e regras não mais continham o caráter subsidiário que anteriormente lhes era natural. As lacunas, as antinomias, os conflitos entre leis especiais não eram mais resolvidos por prevalência direta do Código. Agora, o CPC irá retomar, com bases diversas, a comunicação com o microssistema.

Assim, pensando na aplicabilidade e operabilidade destas teorias e considerações, adota-se a seguinte diretriz: para solucionar um problema de processo coletivo o caminho deve ser mais ou menos o seguinte: a) buscar a solução no diploma específico (Ex.: sendo uma ação popular na Lei nº 4.717/1965). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória: b) buscar a solução no núcleo do microssistema, soma da Lei da Ação Civil Pública com o Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema: c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos⁶¹ a *ratio* do processo coletivo para mais

legislações especiais. Utilizando o exemplo da função social da propriedade, a partir dos ditames da CF/1988 – em que a propriedade recebe tratamento constitucional de grande monta, estando regulada com destaque na parte 'Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos' (art. 5º, XXII e XXIII), no capítulo 'Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica' (art. 170, III), e em vários outros dispositivos (mais casuísticos), como, por exemplo, os artigos 156, parágrafo 1º, 182, parágrafo 2º e 4º, 184, *caput*, 185 e 186 –, o CC dá efetividade à referida diretriz constitucional nas relações privadas. Com efeito, com a orientação de que a propriedade deverá ter uma função social, no caso concreto (e em se tratando de relação privada), conforme o parágrafo 1º do artigo 1.228 do CC (*cláusula geral extensiva*), buscar-se-á no sistema, deixando à disposição do julgador, toda a legislação especial que permite aferir se há função social da propriedade, na hipótese. Note-se que nessa comunicação o ferramental que foi colocado à disposição do Estado-juiz é de calibre altíssimo, uma vez que permitiu trazer para o julgador toda a legislação multidisciplinar, através da entrada do parágrafo 1º do artigo 1.228." (Id. *Ibid.*)

61. Apenas para exemplificar, podemos referir, entre muitas hipóteses, a quatro situações passíveis de demonstrar a unidade de tratamento do microssistema do processo coletivo: 1) feitos em que a apelação é recebida nos processos coletivos (art. 14 da LACP); 2) conceito de direitos coletivos *latu sensu* (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, art. 82 do CDC); 3) possibilidade de execução por desconto em folha de pagamento (art. 14, § 3º da LAP); 4) possibilidade de "intervenção móvel" ou "despolarização da demanda" por parte da pessoa jurídica nas demandas coletivas, que, a juízo de seu representante legal e com a finalidade de atender ao interesse público, poderá optar por atuar ao lado do autor, contestar a ação como ré ou não contestar (arts. 6, § 3º, da LAP e 17, § 3º da Lei de Improbidade Administrativa).

bem resolver a questão, em *coordenação com as normas do CPC-2015 que não conflitam com a lógica e as normas próprias do microssistema* e com a Constituição.

Mas ainda há outra observação importantíssima.

O processo coletivo era *simplesmente não regulado pelo CPC-1973*. Esse microssistema mantinha, assim, uma relação com o CPC-1973 que seguia o padrão da época: uma relação centrípeta e de mão única – considerado o CPC como núcleo do sistema processual civil. Sucede que o CPC-2015 nasceu numa realidade normativa bem diferente.

O microssistema do processo coletivo que nasceu e se desenvolveu fora do CPC-1973 e quase sempre a despeito dele, agora é *suposto* pelo legislador, que não apenas expressamente passou a fazer menção a esse setor do processo civil, mas, também, trouxe *normas jurídicas novas para ele*.

interessante Ou seja: o CPC-2015, diferentemente do CPC-1973, passou a dialogar de outra maneira com o microssistema do processo coletivo, seja porque o pressupõe expressamente, seja porque incorporou a esse microssistema novas normas jurídicas. A relação com o microssistema passou a ser de mão dupla, em um vaivém do núcleo para a periferia (centrífuga) e da periferia para o núcleo (centrípeta). A eficácia do CPC sobre esse microssistema deixou de ser exclusivamente supletiva, subsidiária ou residual e passou a ser, também, direta.

Esse é um fenômeno normativo inusitado, que pode vir a tornar-se um apanágio das codificações do século XXI, embora aparentemente paradoxal em uma visão mais ortodoxa das relações entre os códigos e os microssistemas: *normas jurídicas de um microssistema emanadas diretamente dos dispositivos normativos de um Código que, nessa parte, passa a ser uma das fontes normativas do próprio microssistema*.

Aos exemplos dessa eficácia direta no processo coletivo: o CPC-2015 o previu expressamente e cuidou de trazer normas jurídicas de processo coletivo: i) *dever de comunicação judicial* (art. 139, X, CPC, semelhante ao já previsto no art. 7º da Lei n. 7.347/1985), dispositivo que parece reforçar a existência de uma prioridade de julgamento de ação coletiva em relação à ação individual e às técnicas de julgamento de casos ou questões repetitivas; ii) conversão da ação individual em ação coletiva (art. 333, CPC, que, embora vetado pela Presidente da República, não deixa de reafirmar a premissa do diálogo exposto do CPC com o microssistema)⁶²; iii) sus-

62. Sobre a circunstância de o vetado art. 333 do CPC-2015 trazer normas jurídicas de processo coletivo, DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI Jr., Hermes. "Da conversão da ação individual em ação coletiva". *Revista*

pensão dos processos coletivos em razão da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 982, I, CPC); iv) a estruturação dos incidentes de julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC), que são uma espécie de processo coletivo praticamente inteiramente regulada pelo CPC, conforme será visto neste volume do *Curso*.

O CPC-2015 não será, portanto, um mero diploma residual, como o era o CPC-1973 e assim o compreendíamos nas edições anteriores desse *Curso*. Para a correta compreensão do impacto do CPC-2015 aplica-se em um diálogo de *especialidade, coordenação e influências recíprocas*⁶³ ao microsistema dos processos coletivos, colocando-os em conformidade com os objetivos constitucionais. Tudo isso sem esquecer a *eficácia direta* mencionada.

Somente assim o CPC poderá recuperar o *plusvalor político* que lhe é assegurado pela sua função constitucional.

4. LEGISLAÇÃO E PROCEDIMENTOS RELACIONADOS À TUTELA COLETIVA: PROCEDIMENTO COMUM DAS CAUSAS COLETIVAS (ART. 21 DA LACP E ART. 90 DO CDC)

Existem vários instrumentos processuais disponíveis à tutela dos direitos coletivos. O problema deve ser visto sob duas perspectivas: a) das demandas que podem ser propostas; b) dos procedimentos que podem ser adotados.

O art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que consagra o *princípio da atipicidade da demanda coletiva*, permite que sejam propostas todas as espécies de ações (condenatórias, declaratórias e constitutivas, pouco importa

Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 966-967.

63. Teoria do diálogo das fontes, originária do direito internacional, proposta de Erik Jayme, e transposta por Cláudia Lima Marques para o direito brasileiro: "Em outras palavras, diálogo das fontes é uma expressão simbólica, simbólica de um novo paradigma de coordenação e coerência restaurada de um sistema legal, sistema hoje de fontes plúrimas, com diversos campos de aplicação, a criar, na era pós-descodificação, uma grande complexidade no antes simples fato - ou ato - de o aplicador da lei 'escolher' entre as fontes (em aparente conflito) a lei ou leis a serem aplicadas ao caso concreto. No direito internacional, onde foi criada, simboliza a passagem do conflito de leis à coordenação de leis ou de ordens jurídicas [...] A proposta coordenação das fontes de Erik Jayme é uma coordenação flexível e útil (effet utile) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência e ressaltar os direitos humanos (Leitmotiv da teoria de Erik Jayme). Trata-se, em última análise, de uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do 'monólogo' de uma só norma possível a 'comunicar' a solução justa) à convivência dessas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, e a finalidade 'narrada' ou 'comunicada' em ambas, sob a luz da Constituição, de seu sistema de valores e dos direitos humanos em geral" (MARQUES, Cláudia Lima. O "Diálogo das Fontes" como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 27-29).

a classificação que se adote). O rol da Lei n. 7.347/1985, que previa as ações condenatórias para reparação de danos, as ações de obrigação de fazer e de não fazer e a ação cautelar, foi ampliado significativamente, tendo em vista a interação que existe entre esse diploma normativo e código consumerista.

Há um procedimento-padrão para as causas coletivas: é o previsto de forma integrada na Lei n. 7.347/1985 (LACP) e no Código de Defesa do Consumidor. Esse procedimento funciona como o procedimento *comum* da tutela coletiva.

Além dele, é possível referir ao procedimento especial do mandado de segurança coletivo (aplicação da Lei 12.016/2009, com as ressalvas feitas à necessidade de interpretação conforme a Constituição do art. 21 desta lei e a lacuna quanto ao regramento da coisa julgada coletiva, oportunamente examinada neste *Curso*),⁶⁴ a ação popular (Lei n. 4.717/1965), as ações previstas no CDC (ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos - arts. 91-100 - e ações coletivas de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços - art. 102), o mandado de injunção coletivo (para o qual se aplica, no que couber e enquanto não editada legislação específica, o regramento processual do mandado de segurança, nos termos do art. 24, parágrafo único da Lei 8.038/1990) e ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), entre outros.

Para os autores que defendem o caráter coletivo das ações diretas de controle de constitucionalidade, também aqui devem estar relacionadas as leis que versam sobre o tema (Lei 9.868/1999 e Lei 9.882/1999). Para outros autores, não se poderia falar, no caso, de tutela coletiva, pois haveria aí apenas uma tutela da norma, tutela abstrata, como argumentou a doutrina não se trata de um direito subjetivo coletivo, mas de um "interesse coletivo objetivo legítimo". Quer dizer, "leva-se em consideração as peculiaridades do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, em que não há tutela de direitos ou interesses subjetivos, individuais ou coletivos".⁶⁵

Podemos apontar, ainda, para o fato de os processos coletivos estarem intimamente ligados aos novos direitos (direitos de grupo), desdobrando-se em estatutos legislativos específicos, como a Lei n. 6.938/1981 que já previa a possibilidade de uma espécie de ação civil pública para a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente (art. 14, § 1º); a Lei n. 7.853/1989, dispondo sobre o apoio às pessoas com deficiência; a Lei n. 7.913/1989, para proteção dos investidores em valores mobiliários; a

64. Cf. ZANETTI JR., Hermes. *O "Novo" Mandado de Segurança Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

65. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo. Superação da Summa Divisio Direito Público e Privado por uma Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 487/488.

MARQUES

Lei nº 8.069/1990, para a defesa das crianças e dos adolescentes; a Lei nº 12.529/2011, contra as infrações da ordem econômica e da economia popular; a Lei nº 10.257/2001 (art. 10, usucapião especial coletiva de imóvel urbano - resguardadas as regras específicas sobre a legitimidade previstas no art. 12 do referido diploma e o procedimento especial da usucapião) e a Lei nº 10.741/2003, dispondo sobre o Estatuto do Idoso, prevendo expressamente a proteção judicial dos direitos coletivos *lato sensu* (arts. 78-93); a Lei nº 12.846/2013, dispondo sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas para prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (Lei Anticorrupção - arts. 18 a 21); a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Uma análise dos diplomas editados após a CF/1988 não cansa de revelar novos processos coletivos regulados por normas esparsas. Um exemplo relevante é a LDB - Lei de Diretrizes e Bases para a Educação. No art. 5º da LDB está prevista uma espécie de ação coletiva especialmente voltada para controlar a administração pública, com legitimação ampla do cidadão, das associações e do Ministério Público. "Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo. § 3º Qualquer das partes mencionadas no caput deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.", quer dizer, na hipótese de não oferecimento do ensino obrigatório ou de sua oferta irregular (art. 208, § 2º da CF/88). A referência ao "rito sumário" deve ser compreendida como se feita ao procedimento comum, após o CPC-2015 (art. 1.049, par. ún., CPC). Outro exemplo, bastante significativo, é a previsão de tutela coletiva na lei para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 37, Lei n. 11.340/2006). Ambos exemplos não esgotam as previsões do ordenamento jurídico nesta matéria, mas são suficientes para indicar, sem sobra de dúvidas, a tônica coletiva nos processos de interesse público, voltados para a consecução de políticas públicas.

Vale referir, por outro lado, que o percurso legislativo não foi apenas de progresso.

Houve marchas e contramarchas. Entre os principais assaltos que sofreu a tutela coletiva sobressaem as restrições impostas ao objeto das ações coletivas, pela Medida Provisória nº 2.180-35,⁶⁶ e a tentativa de "confinamento" dos efeitos do julgado coletivo nos limites da competência

66. Em particular, o parágrafo único do art. 1º da LACP, introduzido pela Medida Provisória e vazado nos seguintes termos: "Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos,

territorial do órgão prolator da sentença, ditado pela Lei nº 9.494/1997, com a alteração do art. 16 da Lei n. 7.347/1985.

Também pode ser acrescentada como restrição a expressa vedação de ajuizamento de demandas que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, junto aos Juizados Especiais Cíveis Federais, nos termos do inciso I, § 1º, art. 3º da Lei n. 10.259/2001.

Essas restrições serão analisadas oportunamente. Cabe aqui apenas frisar que a interpretação do microssistema, em conjunto com o CPC-2015, deve ser construída de forma a preservar a tutela constitucionalmente adequada, sendo inconstitucionais todas as restrições à tutela dos direitos fundamentais coletivos que não se fundarem em argumentos de direitos fundamentais.

Impõem-se observar que todas as restrições e retrocessos apontados, em maior ou menor medida, procuram favorecer a litigância em favor do Estado e detrimento do cidadão e dos grupos, reduzindo a resistência do cidadão em processos individuais e impedindo ou dificultando a tutela coletiva. Contudo, é bom ressaltar, a doutrina brasileira e com ela algumas vozes corajosas nos tribunais não tem cedido brandamente aos ataques deste já denominado "micromodelo processual do Estado".⁶⁷

Como afirmou Ada Pellegrini Grinover, em artigo eloquentemente, denominado "A Ação Civil Pública Refém do Autoritarismo" as ações coletivas progrediram muito no nosso sistema positivo e continuam a evoluir a "[ú]nica nota dissonante, nesse cenário, é a atitude do governo, que tem utilizado Medidas Provisórias para inverter a situação, com investidas contra a ação civil pública, tentando diminuir sua eficácia, limitar o acesso à justiça, frustrar o momento associativo, reduzir o papel do Poder Judiciário. O Legislativo, complacente ou desatento, não tem sabido resistir aos ataques, secundando a ação do Governo. A salvação só pode estar nos tribunais, devendo os advogados e o Ministério Público a eles recorrer, alimentando-os com a interpretação adequada das novas normas, a fim de que a resposta jurisdicional reflita as linhas mestras dos processos coletivos e os princípios gerais que os regem, que não podem ser involutivos".⁶⁸

contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos benefícios podem ser individualmente determinados".

67. Expressão inteligentemente cunhada por SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Um Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

68. GRINOVER, Ada Pellegrini. "A ação civil pública refém do autoritarismo". In: *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 236-247. esp. p. 247.

CAPÍTULO 2

Situações Jurídicas Coletivas: Direitos Coletivos *Lato Sensu* (Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos) e Casos Repetitivos

Sumário • 1. Introdução – 2. Conceito Formal de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos: 2.1. Direitos ou "Interesses"?; 2.2. Direitos difusos; 2.3. Direitos coletivos *stricto sensu*; 2.4. Direitos individuais homogêneos – 3. Titularidade dos direitos coletivos *lato sensu*: direitos subjetivos coletivos. – 4. Critérios para a identificação do direito objeto da ação coletiva. – 5. Dos direitos coletivos aos conflitos coletivos: a adequação do processo coletivo às peculiaridades do caso levado a julgamento. A proposta de Edilson Vitorelli: 5.1. Introdução; 5.2. Litígios coletivos de difusão global; 5.3. Litígios coletivos de difusão local; 5.4. Litígios coletivos de difusão irradiada; 5.5. Conclusão – 6. Instrumentos para a Tutela das Situações Jurídicas Coletivas no Direito Brasileiro: a Ação Coletiva e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – 7. Situações Jurídicas Coletivas Passivas.

1. INTRODUÇÃO

O momento atual do Direito revela a necessidade de efetiva proteção de posições jurídicas que fogem à antiga fórmula individual credor/devedor.

Quando a doutrina passou a enfrentar o problema das ações coletivas, viu-se inicialmente com sérias dificuldades para definir conceitos para os novos direitos que lhe estariam na base da tutela, o que levou alguns juristas a afirmar que esses eram "personagens misteriosos".¹

Como veremos neste capítulo, a tutela desses direitos tem uma feição estrutural no CDC. Denominam-se *direitos coletivos lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.

1. VILLONE, Massimo. La Collocazione Istituzionale dell'Interesse Diffuso (Considerazioni sul sistema statunitense). In: A. Gambaro. *La Tutela degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato – con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 71/91, especialmente, p. 73.

Essa é a subdivisão feita pelo art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990): I - interesses ou direitos difusos; II - interesses ou direitos coletivos; III - interesses ou direitos individuais homogêneos.

Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos/interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos).² Partindo dessa proposta, Teori Zavascki classifica a tutela dos direitos como tutela de direitos coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e tutela coletiva de direitos (direitos individuais homogêneos).³

Essa conhecida, difundida e tradicional solução doutrinária não é suficiente.

Este Curso analisa o problema a partir de três premissas básicas: a) é preciso visualizar a questão pelas situações jurídicas coletivas, que podem ser ativas e passivas; assim, há os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de um grupo, assim como há os deveres difusos, coletivos e individuais homogêneos; b) é preciso examinar o problema também pela perspectiva dos litígios coletivos, que podem ser divididos em três categorias: litígios globais, litígios locais e litígios de difusão irradiada; c) as situações jurídicas coletivas podem ser originadas pela formação de um grupo a partir da técnica de julgamento de questões repetitivas.

2. CONCEITO FORMAL (ESTRUTURAL) DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A tutela adequada, tempestiva e efetiva dos direitos dos grupos exige a proteção dos direitos dos grupos como direitos subjetivos, ou seja, como posições jurídicas que autorizam permissões especiais de aproveitamento ou situações jurídicas complexas que se revelam em uma dinâmica relação com os fatos da vida relevantes para o Direito.

2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutela Jurisdicional dos Interesses coletivos ou difusos". *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série, p. 195-197.
3. ZAVASCKI, Teori. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4ª ed. [2001]. São Paulo: RT, 2014. O posicionamento de Teori Zavascki é dominante na doutrina nacional e comparada. No mesmo sentido, SALGADO, José Maria. *Tutela Individual Homogênea*. Buenos Aires: Astrea, 2011. Mas o problema que suscita é um tratamento enfraquecido para os direitos individuais homogêneos. O CPC previa ainda o incidente de conversão da ação individual em ações coletivas do art. 333, que seria outra técnica à disposição da resolução destes problemas, mas o texto foi vetado. Defendendo o retorno do texto e sua utilidade: MORAIS, Dalton Santos. A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o poder público no novo Código de Processo Civil. In.: ZANETTI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 489/510, (DIDIER JR., Fredie, coord. Geral. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8).

A previsão formal das categorias de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos é relevantíssima para este fim. Sem a dimensão estrutural dos direitos coletivos *latu sensu* a tutela dos direitos dos grupos esbarraria em resistências técnicas como: a) a afirmação de que esses direitos não são direitos, mas meros interesses; b) que não há titularidade, logo, não há possibilidade de se aferir a posição jurídica do grupo em abstrato; c) que a pretensão do grupo não encontra guarida no ordenamento jurídico por não ser prevista como pretensão coletiva (situação jurídica em abstrato).

interessante Ao prever uma estrutura formal para a tutela coletiva o CDC garantiu aos grupos a possibilidade de veicular quaisquer pretensões afirmadas como pretensões coletivas em juízo, desde que dissessem respeito a uma coletividade de pessoas, reconhecendo a dimensão coletiva dos direitos subjetivos, já garantida pela Constituição.

2.1. Direitos ou "interesses"?

interessante Na legislação brasileira, revela-se comum a denominação conjunta "direitos e interesses" referindo-se a direitos difusos, direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 129, inc. III da CF/1988, CDC, Lei n. 7.347/1985 etc.).

Contudo, em nosso entender, o termo "interesses" é expressão equívoca, sendo que não poucos juristas brasileiros apontaram a questão,⁴ seja porque consideraram não existir diferença prática entre direitos e interesses, seja porque os direitos difusos e coletivos foram constitucionalmente garantidos (*v.g.*, Título II, Capítulo I, da CF/88) e, portanto, apresentam-se como direitos. Ao que parece, deu-se mera transposição da doutrina italiana, um italianismo decorrente da expressão *interessi legittimi* e que granjeou espaço na doutrina nacional e, infelizmente, gerou tal fenômeno não desejado.

Por outro lado, a grande maioria dos juristas nacionais tem preferido manter a expressão "interesses", porque: a) "a expressão *direitos* traz uma *grande* carga de individualismo, fruto mesmo de nossa formação

4. Já se expressaram neste sentido autorizadas vozes da doutrina brasileira: Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance". In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 87-116, p. 98; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*, p. 11.; GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 17-18.

acadêmica";⁵ b) há "evidente ampliação das categorias jurídicas tuteláveis para a obtenção da maior efetividade do processo".⁶

Ousamos discordar.

Cabe, por dever de precisão, afastar a errônea. Vale lembrar, não se trata de defesa de interesses e, sim, de direitos, muitas vezes, previstos no próprio texto constitucional.

Exemplo de consequência não pretendida pelo legislador está na limitação imposta por parte da doutrina ao "mandado de segurança coletivo".⁷ Os primeiros textos sobre o mandado de segurança coletivo traziam uma advertência a respeito da impossibilidade de serem tutelados pelo writ "meros interesses". Nesse sentido manifestavam-se, por exemplo, as vozes autorizadas de José Cretella Junior⁸ e Celso Neves, como demonstra a crítica abaixo.

Afirmando que "interesses" não são tuteláveis por mandado de segurança coloca Celso Neves a noção clássica de direito subjetivo como poder da vontade vinculado a um interesse pessoal ou individual ao qual o Estado, mediante o ordenamento jurídico, confere coercibilidade como forma de atuação. Afirma, ainda, que "interesses simples" ou até mesmo "interesses juridicamente protegidos" não podem ser tutelados pelo mandado de segurança ou qualquer outra ação porque justamente estão desprovidos da coercibilidade, não têm os seus titulares o "poder de vontade para a prevalência de seu interesse" que configuraria direito subjetivo.⁹

A essas observações podemos opor as seguintes considerações críticas: a) não se trata de tutela de interesses e sim de direitos subjetivos coletivos; b) os titulares desses direitos subjetivos são aqueles indicados no art. 81, par. ún. do CDC, sendo sua legitimação *ad causam*, nas ações coletivas brasileiras, atribuída às entidades expressamente listadas na legislação.

5. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60.

6. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 85.

7. Esta ação tipicamente brasileira, que não encontra similar no direito alienígena, excetuando uma "certa proximidade" com o *juicio de amparo*, ganhou dimensão coletiva a partir da Carta Constitucional de 1988 (art. 5º, LXX). O mandado de segurança individual já foi objeto de diversos estudos comparados em língua espanhola, destes destacamos o trabalho de FIX-ZAMUDIO, Hector, RÍOS ESPINOZA, Alessandro, ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Tres estudios sobre el mandado de seguridad brasileño*. México: UNAM, 1963.

8. CRETELLA JUNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 77-79.

9. NEVES, Celso. *Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção*. LTr, São Paulo, v. 52, n. 11, p. 1315-1320, nov/1998, p. 1.318.

Baseado na perspectiva de direito processual "moderno", conclui Celso Neves: "A autonomia do direito de ação não se compadece com tal extremo, porque ineliminável o binômio direito-processo, mormente num momento em que a instrumentalidade essencial da relação processual volta a ser proclamada, com redobrado vigor, pelos doutrinadores contemporâneos".¹⁰

Aqui, também, devem ser feitas certas considerações. A instrumentalidade consiste, justamente, em fornecer um instrumento hábil e eficaz para a defesa dos direitos. O processo é instrumento (meio) de realização do direito. A autonomia do direito de ação, nesse sentido, é primordial para que sob a égide de "preconceitos" de direito material, ou interpretações "fixas" não se evite a apreciação pelo Poder Judiciário da lesão ou ameaça ao direito afirmado pelo autor. Assim, ocorre um abrandamento do "ineliminável" binômio *substância-processo*, sempre orientado pelo fim: o processo existe para a ordem jurídica justa.

No sentido do até agora exposto, contra a concepção estreita e excludente de "interesses", e voltados para a correção da errônea legislativa esforçaram-se os juristas brasileiros. Calmon de Passos, por exemplo, chama atenção para o "conteúdo de direitos, inclusive em sua dimensão subjetiva" com que se revestem os "interesses" coletivos, como também, para a inaplicabilidade do conceito de "interesses legítimos" na atual realidade democrática. Assim, "Trazer-se para o direito brasileiro categorias já sem funcionalidade como a dos interesses legítimos, para colocá-los ao lado dos direitos subjetivos, ou pretender excluir os interesses transindividuais da categoria dos direitos subjetivos é insistir numa visão do direito, do Estado, da organização política e da sociedade já ultrapassada".¹¹

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assevera que o legislador teria agido com melhor técnica no art. 6º do CDC, ao mencionar apenas "direitos básicos do consumidor" ao invés de "interesses e direitos" como fez no Tt. III.¹² A lição revela-se ainda mais vantajosa por esclarecer, adiante, que a distinção entre o direito subjetivo e o interesse, na doutrina nacional, assenta, justamente, na coercibilidade posta à disposição da "vontade autônoma" do indivíduo frente a um interesse seu tutelado pela norma. Comentando a distinção entre interesse legítimo e direito subjetivo, na doutrina estrangeira, o mesmo autor salienta o seu caráter quantitativo

10. NEVES, Celso. *Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção*, p. 1.318.

11. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*, p. 11.

12. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance". In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 87-116, p. 98.

e acidental segundo a "maior ou menor proeminência do interesse individual objeto da tutela normativa", o que em outro ordenamento pode determinar a "atribuição da cognição a órgãos distintos", mas não lhes altera a categoria de direitos submetidos à jurisdição e a sua imperatividade.¹³ Por óbvio, o que se salienta na lição acima, é que mesmo nos sistemas que distinguem os direitos subjetivos e os interesses legítimos, esses não ficam desprotegidos ou submersos em subcategorias intangíveis e, portanto, não tuteláveis.

Mas qual o dado histórico necessário para afastar a errônea apontada? O ordenamento jurídico brasileiro respeita o princípio da unidade de jurisdição e da inafastabilidade da apreciação, pelo Judiciário, da afirmação de lesão ou ameaça de lesão a direito. Decorre daí o "pleito cível *lato sensu*", identificado com primazia por Pontes de Miranda:

"(...) quanto à parte ou algumas das partes estatais, o direito processual civil trata-as igualmente, sem que tenha qualquer importância a diferença entre direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham nascido no direito privado, e direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham nascido no direito público. Nos juristas europeus, mesmo os mais avançados, ainda não se chegou à concepção de pleito cível, *lato sensu*, que é a do sistema jurídico brasileiro, em que se tratam pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas (...) mas estabelecida justiça igual sob lei processual igual (...)." ¹⁴

Os direitos subjetivos, no Brasil, se subdividem, portanto, em direitos subjetivos privados e direitos públicos subjetivos.¹⁵ O mesmo não ocorre

13. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance", p. 99.

14. MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. 1, p. 35.

15. Para uma breve visão sobre as teorias de Ihering (direito subjetivo como interesse juridicamente protegido), Savigny (direito subjetivo como fenômeno da vontade), Jellinek (teoria eclética ou mista; direito subjetivo como um bem ou interesse protegido por um poder da vontade) e Jean Dabin (direito subjetivo como uma pertença-dominio), cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. "Direito Subjetivo - II". In: *ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, s/d. p. 330-334. Hoje seria possível falar em três categorias de direitos subjetivos: os direitos subjetivos *stricto sensu* ou direitos-prestação (ex.: relações obrigacionais de débito e crédito); direitos-poderes, reconhecidos como direitos potestativos ou formativos geradores (ex.: revogação de um mandato); e, direitos-deveres, decorrentes de uma determinação objetiva proferida pelo ordenamento jurídico, quer tutelando os interesses de um sujeito determinado, especialmente protegido pela norma (poder familiar e dever de educação dos filhos), quer tutelando a coletividade (dever-poder da administração pública de agir em conformidade com a legalidade na sua atividade executória). Como esta última categoria (direitos-deveres) é mais característica das ações coletivas devemos explicitá-la melhor. São duas as espécies, ambas se caracterizam pela satisfação de interesses não só do titular, ao contrário das espécies anteriores, também se atua para a satisfação do interesse do sujeito passivo ou para atender interesses superiores, como o

com o sistema italiano que prevê uma separação de órgãos jurisdicionais (dualidade de jurisdição). Assim, a doutrina italiana construiu dois conceitos distintos, um referente aos direitos subjetivos e outro, aos chamados interesses legítimos. Os primeiros são julgados pela justiça civil (relações entre particulares); já os interesses legítimos são julgados perante órgãos da justiça administrativa (relações entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante).

A nota essencial na distinção, para este estudo, é que enquanto o direito subjetivo se vincula diretamente ao indivíduo, protegendo seu interesse individual, os interesses legítimos se dirigem ao interesse geral e favorecem o indivíduo apenas como componente, como "membro do Estado".¹⁶ Porém, diferenças à parte, tanto os direitos subjetivos como os interesses legítimos (na doutrina italiana) se tornam concretos como direitos à tutela jurisdicional.¹⁷ Percebe-se que se trata, assim, de uma distinção histórica e peculiar ao sistema italiano, que não tem qualquer aplicação ao direito brasileiro, em que os conceitos de interesse legítimo e direito subjetivo se reduzem à categoria por nós conhecida como direitos subjetivos (que aqui podem ser públicos ou privados, individuais ou coletivos).

Tanto o direito subjetivo quanto o interesse legítimo são, portanto, direitos. A distinção da doutrina italiana pode fazer sentido na Itália, mas não se justifica no ordenamento brasileiro, que prevê a unidade da jurisdição.

Ocorre que o legislador brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito italiano, porque a doutrina brasileira é fortemente influenciada pela doutrina italiana, onde as categorias de direitos coletivos e direitos difusos

determinados por lei ou pelo conjunto do ordenamento jurídico. Na primeira a realização se dará com a cooperação de outrem. Ex.: poder-dever dos pais exigirem dos filhos que lhes prestem obediência (art. 1.634, VII, do NCC). Na segunda, independentemente da cooperação. Ex.: poder-dever dos órgãos e agentes da administração de agir conforme ao interesse público, uma vez que "todos os poderes deveres concedidos às pessoas jurídicas públicas, ou aos órgãos e agentes, são direitos-deveres, embora com especificidades próprias do direito público". (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 54, ver também p. 51-64). Nesta categoria (direitos-deveres) se insere a grande parte dos direitos fundamentais não patrimoniais. Idem, p. 64.

16. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 95.

17. Nesse sentido o ensinamento de Micheli "Tanto il diritto soggettivo, per così dire, classico, quanto l'interesse legittimo dunque si concretano nella titolarità di un potere di dare inizio al processo davanti ad un organo giurisdizionale per conseguire una forma di tutela giurisdizionale..." (p. 409), segue, "Ma anch'essi dovrebbero essere considerati, secondo la concezione sarriana, esclusivamente nella loro proiezione processuale, nell'essere essi 'diritti' alla iniziativa per conseguire la tutela giurisdizionale" (p. 408). Sobre o tópico e as diferenças e similitudes entre direitos subjetivos e interesses legítimos na doutrina italiana Cf. MICHELI, Gian Antonio. "Sentenza di annullamento di un atto giuridico e risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi". *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 19, n. 3, p. 305-434, giul./set. 1964.

importante!

encontram-se em território cinzento, a meio caminho entre o público e o privado, sendo constantemente referidas como *interessi diffusi* e *interessi collettivi* até mesmo pela sua aproximação, por vezes, do que se entende por *interessi legítimi*. Como visto, esse entendimento não pode prosperar em nosso sistema, que não admite a categoria de interesses legítimos, e onde a categoria de "interesses" não tem a menor operacionalidade prática.

Como já havia advertido Cândido Dinamarco, verifica-se uma "sutil distinção entre os direitos subjetivos e interesses legítimos" que, em conjunto com a discricionariedade do poder administrativo, decorre da ideia fascista de liberdade política da administração (Poder Executivo), e que foi "usada como escudo" para evitar a censura jurisdicional em regimes totalitários (v.g., o de Mussolini).¹⁸

Na esteira do exposto, Antonio Gidi considera mais correto e adequado o termo "direitos" e não "interesses" para o ordenamento jurídico brasileiro. Sua visão expõe a resistência à ampliação do conceito de direito subjetivo como causa para o advento da terminologia "interesses". Assim, essa opção lhe parece mais um "ranço individualista" decorrente de um "preconceito ainda que inconsciente em admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual" e da dificuldade de enquadrar um direito com características de "indivisibilidade" quanto ao objeto e "impreciso" quanto à titularidade no direito subjetivo, entendido como "fenômeno de subjetivação" do direito positivo. Portanto, o legislador chamou "(...) 'interesse' essa situação de vantagem." E conclui: "(...) não utilizamos (e mesmo rejeitamos) a dúplici terminologia adotada pelo CDC. Este trabalho se referirá, indiscriminadamente, a 'direito difuso', 'direito coletivo' e 'direito individual homogêneo'".¹⁹ Subjetivação, para o processo tradicional, significa individualização, daí a dificuldade.

Uma última nota.

Parte da doutrina insiste na necessidade de aceitar a denominação "interesses" porque esta configuraria uma maior amplitude de tutela também para situações não reconhecidas como direitos subjetivos (tendo em vista a própria "novidade" dos direitos coletivos *lato sensu*).²⁰

18. DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*, p. 304. Ver, ainda, VENTURI, Apontamentos sobre processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social, ponto. 2.1.

19. Cf. GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 17-18.

20. Neste sentido confrontar LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 77-84. Pelos mesmos motivos, alguns autores brasileiros recentes preferem a manutenção da dupla referência ora a direitos, ora a interesses, preferindo até a denominação Interesses por ser mais ampla. Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e os meios de resolução coletivos de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 213-218; VIGLIAR, José Marcelo

Essa preocupação é válida e coerente com os valores a serem tutelados (principalmente se pensarmos no direito ao meio ambiente e nos direitos do consumidor).

A melhor solução passa, não por admitir a categoria dos "interesses" tuteláveis pelo processo, mas sim pela ampliação do conceito de direito subjetivo, para abarcar as diversas "posições jurídicas judicializáveis" que decorrem do direito subjetivo *prima facie* (portanto, não expressas)²¹ e que merecem igualmente guarida pelo Judiciário.²²

A superação do problema pela doutrina brasileira fica óbvia nas palavras de Watanabe: "Os termos 'interesses' e 'direitos' foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os 'interesses' assumem o mesmo *status* de 'direitos', desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles".²³

Rogamos que prevaleça, portanto, a sua configuração como direitos subjetivos coletivos, mais consentânea à tradição jurídica nacional e ao direito constitucional positivo vigente que expressamente determina: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV da CF/88).

2.2. Direitos difusos

Apesar de certa homogeneidade obtida com relação aos direitos difusos e coletivos, vistos sob o aspecto subjetivo como direitos transindividuais

Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60 e seguintes; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 50.

21. Convém explicar a expressão "direito subjetivo *prima facie*", aqui compreendido como princípios que asseguram direitos subjetivos, mas servem apenas como razões provisórias para a futura concretização desses direitos, ainda não concretizados, princípios são sempre razões *prima facie*, regras razões definitivas. Sobre o tema, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 101-103 (regras e princípios como razões).

22. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 173-245. Este tema foi explorado no texto citado onde se afirmou que "quando existe um direito este também é justicizável" (idem, p. 496) visando à superação da resistência à defesa judicial de determinados direitos objetivos fundamentais, assegurados no texto legal, mas excepcionados no foro. Esta, aliás, revelou-se a orientação do nosso Supremo Tribunal Federal no reconhecer direito subjetivo à saúde para concessão de medicamento para portadores do vírus HIV: "O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)... A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente." Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 271286/RS, Relator Min. Celso de Mello, julgamento 12.09.2000, Segunda Turma. www.stf.gov.br, jurisprudência, acórdãos, verbete: HIV/AIDS, acesso em: 09.02.2003.

23. WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 623.

e, sob o aspecto objetivo, como indivisíveis, sua conceituação sempre foi objeto de dúvida.²⁴

Com o advento do CDC, esse problema foi resolvido no Direito brasileiro. O Código estabeleceu, no art. 81, par. ún., as categorias que reúnem os direitos coletivos *lato sensu*, conforme examinado no item 1.

Assim, reputam-se direitos difusos (art. 81, par. ún., I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), titularizado por um grupo composto por pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato.

Entre os componentes do grupo não existe um vínculo comum de natureza jurídica, *v.g.*, a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica base, a proteção ao meio-ambiente e a preservação da moralidade administrativa.

2.3. Direitos coletivos *stricto sensu*

Os direitos coletivos *stricto sensu* (art. 81, par. ún., II, do CDC) foram classificados como direitos transindividuais (com a mesma sinonímia descrita acima), de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis (frise-se, enquanto grupo, categoria ou classe determinável), ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

Nesse particular, cabe salientar que essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo *affectio societatis* ou pela sua ligação com a "parte contrária". No primeiro caso temos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (ou qualquer associação de profissionais); no segundo, os contribuintes de determinado imposto. Os primeiros ligados ao órgão de classe, configurando-se como "classe de pessoas" (advogados); os segundos ligados ao ente estatal responsável pela tributação, configurando-se como "grupo de pessoas" (contribuintes).

Cabe ressaltar que a *relação-base* necessita ser anterior à lesão (caráter de anterioridade). A relação-base forma-se entre os associados de uma determinada associação, os acionistas da sociedade ou ainda os advogados, enquanto membros de uma classe, quando unidos entre

24. WATANABE, Kazuo, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 625.

si (*affectio societatis*, elemento subjetivo que os une entre si em busca de objetivos comuns); ou, pelo vínculo jurídico que os liga a parte contrária, *e.g.*, contribuintes de um mesmo tributo, estudantes de uma mesma escola, contratantes de seguro com um mesmo tipo de seguro etc. No caso da publicidade enganosa, a "ligação" com a parte contrária também ocorre, só que em razão da lesão e não de vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo *stricto sensu* (propriamente dito).

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade²⁵ e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos.

Portanto, para fins de tutela jurisdicional, o que importa é a possibilidade de identificar um grupo, categoria ou classe, vez que a tutela se revela indivisível, e a ação coletiva não está "à disposição" dos indivíduos que serão beneficiados.

Muito importante { Não por outro motivo a coisa julgada será *ultra partes*, nos termos do art. 103, II do CDC, ou seja, para "além das partes", mas limitada ao grupo, categoria ou classe; e os autores dos processos individuais não serão prejudicados, desde que optem pela suspensão destes processos enquanto se processa a ação coletiva ou poderão, ainda, excluir-se do seu âmbito pelo *right to opt out* (direito de sair) com a continuidade de suas ações individuais (art. 104 do CDC).

2.4. Direitos individuais homogêneos

2.4.1. Generalidades

O legislador foi além da definição de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e criou uma nova categoria de direitos coletivos (coletivamente tratados), que denominou *direitos individuais homogêneos* (art. 81, par. ún., III, do CDC). A gênese dessa proteção/garantia coletiva tem origem nas

25. Para Kazuo Watanabe, o que diferencia os direitos coletivos dos direitos difusos é a determinabilidade das pessoas titulares, "seja através da relação jurídica-base que as une entre si (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)." (WATANABE, Kazuo, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 625). Nosso entendimento diverge, como ficou assentado supra, no sentido de determinar o grupo, categoria ou classe beneficiado em sua amplitude e dimensão não individual, sendo indiferente a identificação da "pessoa titular", pois a prestação será indivisível, "beneficia um, beneficia a todos".

class actions for damages, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano.²⁶

A importância prática desta categoria é cristalina. Sem sua criação pelo Direito positivo nacional, não existiria possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A "ficção jurídica" atende a um imperativo do Direito: realizar com efetividade a Justiça frente aos reclamos da vida contemporânea. Assim, "tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada".²⁷

O CDC conceitua laconicamente os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum,²⁸ ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não é necessário, contudo, que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais.

26. Nesse sentido, "Assim, por exemplo, não se admite nos países europeus a defesa dos interesses individuais com caráter coletivo, alternativa porém expressamente facultada no art. 81, parágrafo único, III, combinado com os arts. 91 a 100 da lei brasileira. Esta orientação, herdou-a nosso sistema principalmente dos Estados Unidos, onde se desenvolveu o instituto da chamada *class action* (Rule 23, *Federal Rules on Civil Procedure*, 1966), que encontra equivalente na *relator action* e nas *representatives proceedings*, do Reino Unido e da Austrália, e no *recours collectif*, previsto nos arts. 999 e s. do *Code de Procédure Civile* de Quebec, de 19 de janeiro de 1979" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, "A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance", p. 94). Ainda sobre a origem da expressão "direitos individuais homogêneos" versa Antonio Gidi: "Na doutrina brasileira a expressão foi utilizada pela primeira e última vez antes da publicação do CDC por Barbosa Moreira, ao se referir despreziosamente a 'feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos', quando comentava as *class actions for damages* do direito norte-americano." (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 19, nota 49). Na expressão do próprio Barbosa Moreira: "(...) *class action*, que pressupõe um feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos, defendidos em juízo, na sua totalidade, por apenas um ou vários dos cointeressados, em razão da impraticabilidade da participação de todos no processo (...)" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil". *Temas de Direito Processual*, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 10, nota 24). Sobre as *class actions* norte-americanas em relação aos nossos direitos individuais homogêneos conferir, também, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 127 e seg.

27. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 20.

28. "A homogeneidade decorre da circunstância de serem os direitos individuais provenientes de uma origem comum. Isso possibilita, na prática, a defesa coletiva de direitos individuais, porque as peculiaridades inerentes a cada caso concreto são irrelevantes juridicamente, já que as lides individuais, no que diz respeito às questões de direito, são muito semelhantes e, em tese, a decisão deveria ser a mesma em todos e em cada um dos casos." (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 30-31).

Para evitar equívocos na interpretação transcreve-se a precisa lição de Watanabe: "Origem comum" não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a 'origem comum' de todos eles".²⁹

Ou seja, o que têm em comum esses direitos é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, questões de direito ou de fato³⁰ que lhes conferem características de homogeneidade, revelando, nesse sentir, prevalência de questões comuns e superioridade na tutela coletiva.

O fato de ser possível determinar individualmente os lesados não altera a possibilidade e pertinência da ação coletiva. Permanece o traço distintivo: o tratamento molecular, nas ações coletivas, em comparação à fragmentação da tutela (tratamento atomizado), nas ações individuais. É evidente a vantagem do tratamento uno, das pretensões em conjunto, para obtenção de um provimento genérico. Como bem anotou Antonio Gidi as ações coletivas garantem três objetivos: proporcionar economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material.³¹

Não por outra razão se determinou no CDC, art. 103, III, que a sentença terá eficácia *erga omnes*. Ou seja, como anotou a doutrina os titulares dos direitos individuais serão "abstrata e genericamente beneficiados".³²

Nessa perspectiva, o pedido nas ações coletivas será sempre uma "tese jurídica geral" que beneficie, sem distinção, os substituídos. As peculiaridades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser procedida individualmente.

Como vimos, as ações coletivas não são meros litisconsórcios multitudinários; revelam-se, antes, como espécie de tutela molecular dos

29. WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 629.

30. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 71-88.

31. GIDI, Antonio. "Las acciones colectivas en Estados Unidos". In: GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo F (coord.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México - DF: Editorial Porrúa, 2003. Ressalte-se que esta obra, de excepcional valor, por estudos sobre os processos coletivos produzidos por autores de diversas nacionalidades.

32. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 116.

ilícitos que afetam bens jurídicos coletivos ou coletivizados para fins de tutela (DIH). Segundo Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, "uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito." (sem grifo no original).³³

Como corolário desse entendimento, e ainda da precisa lição de que os direitos coletivos *lato sensu* têm dupla função material e processual e foram positivados em razão da necessidade de sua tutela jurisdicional,³⁴ os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, voltando a ser indivisíveis se não ocorrer a tutela integral do ilícito.

Como exemplo da abstração e generalidade dos direitos individuais homogêneos pode-se referir à ação coletiva de responsabilidade civil pelos danos individualmente causados. Nesse processo, somente ocorrerá a determinação dos indivíduos lesados quando ingressarem como assistentes litisconsorciais (art. 94 do CDC) ou no momento em que exercitarem o seu direito individual de indenização, em decorrência da habilitação para a liquidação da sentença (art. 97 do CDC). A condenação para pagar quantia certa também poderá ser executada (abrangendo as indenizações já fixadas em liquidação)³⁵ pelos legitimados processuais sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções individualmente movidas (art. 98 do CDC).³⁶

A ideia de unicidade no tratamento dos direitos individuais homogêneos é clara no CDC. A lei brasileira (art. 100 do CDC) determina

33. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, cit., p. 114.

34. Entre muitos estudos que ressaltam este aspecto referimos especialmente a "dimensão social, política e jurídica da tutela jurisdicional dos interesses transindividuais" ressaltada pela Profa. Ada Pellegrini Grinover em variados ensaios (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. "A ação civil pública refém do autoritarismo". In: *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 236 e ss.).

35. Observe-se a importante reforma processual da Lei 11.232/05 que cria a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento revogando os dispositivos relativos à execução fundada em título executivo judicial.

36. Essa é também a opinião de Antonio Gidi: "A divisibilidade, percebe-se, somente se manifestará nas fases de liquidação e execução da sentença coletiva." Segue: "E mais. Como a homogeneidade decorre tão-só e exclusivamente da origem comum dos direitos, estes não precisam ser iguais quantitativa ou qualitativamente." (GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 31-32).

interesses coletivos

expressamente que, no caso de passado um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os entes legitimados propor a liquidação e execução da indenização devida. Nesse caso, reverte-se o produto para um fundo governamental (criado pela Lei 7.347/1985, no art. 13, e regulamentado pelo Decreto 1.306/94, é denominado Fundo de Defesa dos Direitos Difusos). Ao legislador interessa a compensação integral do prejuízo; concede-se assim primazia ao interesse público na regulação da conduta ilícita. Cabe ressaltar que essa "recuperação fluída" (*fluid recovery*), para Ada Pellegrini Grinover, tem fins diversos dos ressarcitórios, porém "conexos com os interesses da coletividade", na linha deste estudo, esses fins incluem a repressão à conduta lesiva e a educação procurando coibir sua repetição. Sobre a liquidação coletiva e a *fluid recovery*, ver o capítulo sobre liquidação da sentença coletiva.

Em suma, no direito coletivo em sentido estrito, o grupo existe anteriormente à lesão e é formado por pessoas que estão ligadas entre si ou com a parte adversária por uma relação jurídica base. No direito difuso, o grupo é formado por pessoas que não estão relacionadas. Nos direitos individuais homogêneos, o grupo é criado, por ficção legal, após o surgimento da lesão. Trata-se de um grupo de vítimas. A relação que se estabelece entre as pessoas envolvidas surge exatamente em decorrência da lesão, que tem origem comum: essa comunhão na ancestralidade da lesão torna homogêneos os direitos individuais. Criado o grupo, permite-se a tutela coletiva, cujo objeto, como em qualquer ação coletiva, é indivisível (fixação da tese jurídica geral); a diferença, no caso, reside na possibilidade de, em liquidação e execução da sentença coletiva, o quinhão devido a cada vítima pode ser individualizado.

A observação é importante: geralmente a tutela coletiva repressiva (posterior à lesão) será para direitos individuais homogêneos. Quando ainda não tiver ocorrido a lesão, a ação coletiva preventiva (inibitória) para evitar o dano a um número indeterminado de pessoas, relacionadas ou não entre si (grupo de "possíveis vítimas") terá como objeto um direito difuso ou coletivo, conforme o caso.

Por fim, uma observação didática: os direitos individuais que serão reunidos nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos podem ser objeto de um processo individual instaurado pelas vítimas em litisconsórcio por afinidade (art. 113, III, CPC). Podem, ainda, ser objeto de ações individuais propostas pelas vítimas isoladamente. Essas ações são um bom exemplo de demandas repetitivas que podem dar ensejo ao incidente de julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC - incidente de

Bom exemplo

resolução de demandas repetitivas ou recurso extraordinário e especial repetitivos). Tudo isso reforça a importância da ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos: evita a proliferação de causas "atômicas", "molecularizando" a solução do conflito e impedindo a proliferação de decisões divergentes. Justamente em razão disto o Código previu que *quando o juiz se deparar com diversas demandas individuais repetitivas irá oficiar aos legitimados para promover a propositura da ação coletiva respectiva* (art. 139, X).

2.4.2. Direitos individuais homogêneos como direitos coletivos: visão crítica da doutrina dos "direitos individuais coletivamente tratados"

Por último, cabe mencionar o entendimento de parte da doutrina de que os direitos individuais homogêneos não seriam direitos coletivos, mas sim direitos individuais coletivamente tratados.³⁷

Ora, pelo que pudemos perceber até aqui, a tutela desses direitos não se restringe aos direitos individuais das vítimas. Vai além, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em número compatível com a gravidade do dano, com a reversão dos valores ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Assim, não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notavelmente mais ampla. Ao contrário do que se costuma afirmar, não se trata de direitos acidentalmente coletivos, mas de direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral.

Transcrevemos um trecho doutrinário que segue essa linha ora criticada, dada a autoridade dos juristas que propõem a revisão desta categoria:

"O 'coletivo', consequentemente, diz respeito apenas à 'roupagem', ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tratados. Porém, é imprescindível ter presente que o direito material

37. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. "Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos". *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 212, p. 16-33, jun. 1995. Esta tese foi ratificada por seu brilhante autor, jurista de escola e magistrado, em sua tese de doutoramento junto à UFRGS. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006. Ali o autor renova suas convicções de que os direitos individuais homogêneos são apenas "simplesmente, direitos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza". (Id., p. 42) Mais recentemente e defendendo também a natureza individualista dos direitos individuais homogêneos, como uma forma processual distinta de tratar os direitos individuais, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123-141, *passim*; OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 74-81.

- qualquer direito material - existe antes e independentemente do processo.

Por isso não deixam de ser 'genuínos direitos subjetivos individuais' que apresentam 'características de direitos pertencentes a pessoas determinadas, que sobre eles mantém o domínio jurídico'.³⁸

Esta visão mostra-se excessivamente restritiva e afastaria os direitos individuais homogêneos dos princípios gerais da tutela coletiva.

Em sentido contrário, contudo, parece se ter posicionado o pleno do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando em julgamento unânime, no RE nº 163.231/SP, optou pela admissão desses direitos como subespécie de direitos coletivos. Transcrevemos trecho da ementa: "4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos."³⁹ Este precedente será confrontado adiante com o RE 631.111/GO, julgado em 2014 pelo STF.

Esta leitura jurisprudencial pelo principal tribunal brasileiro, somada ao que antes foi exposto, parece afastar a inadequada *capitis deminutio* daqueles direitos coletivos. Direitos coletivos, não direitos individuais coletivamente tratados. Vale recordar, mais uma vez, que os direitos individuais decorrentes de lesões homogêneas nem sempre serão suficientemente atrativos para sua realização individual, por exemplo, quando ocorre uma lesão no mercado de ações e os acionistas são prejudicados em apenas alguns poucos centavos, ninguém duvida que esta lesão não será reparada frente às condutas individuais, não existe motivação econômica para ajuizar uma ação visando à recuperação de pequenos ou ínfimos valores. Por outro lado, o sistema prevê o *fluid recovery* como possibilidade de liquidação e execução destes valores, que coletivamente podem representar uma soma substancial e interessante (art. 100 do CDC). Para além da contribuição ao FDD o *fluid recovery* tem uma marcante função educativa e de repressão de condutas futuras.

As categorias de direito antes mencionadas (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) foram conceituadas com vistas a possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional. São, portanto, conceitos interativos de direito material e processual, voltados para a instrumentalidade.

38. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 42-43.

39. Cf. DELGADO, José Augusto. "Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF". *Revista de Processo*, ano 25, n. 98, p. 61-81, abril/junho de 2000, p. 80. Para consultar a decisão acessar www.stf.gov.br.

para a adequação da teoria geral do direito à realidade hodierna e, dessa forma, para a sua proteção pelo Poder Judiciário.⁴⁰ Assim, sua conceituação tem caráter explicitamente ampliativo da tutela dos direitos.

2.4.3. O julgamento do RE n. 631.111/GO: Núcleo de Homogeneidade e Margem de Heterogeneidade

Um dos problemas da tutela coletiva é identificar qual a forma de efetivação dos direitos individuais homogêneos. Como vimos acima, neste Curso entendemos que os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos coletivos, merecendo tutela integral. Defendemos igualmente três fases, a fase de conhecimento (tutela coletiva), a fase de liquidação e execução individual para satisfação dos créditos individuais (tutela individual, mesmo quando ajuizada por colegitimado) e a fase de recuperação fluída, para garantia da integralidade da tutela (*fluid recovery*, tutela coletiva).

A questão não é pacífica. Em brilhante voto o Min. Teori Zavascki, em *obiter dictum* em decisão que garantiu a legitimação do Ministério Público para defesa dos segurados no DPVAT, esclareceu que:

"Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (*an debeat*, *quid debeat* e *quis debeat*); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o *cui debeat* e o *quantum debeat*), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios." (RE 631.111/GO).

Estamos de acordo com o Min. Teori Zavascki quanto às duas primeiras fases. Há um *núcleo de homogeneidade* na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos que resulta no processo de conhecimento em uma ação coletiva para identificar: a) se é devido (*an debeat*); b) o que é devido (*quid debeat*); c) quem deve (*quis debeat*). Ao lado deste núcleo

40. No mesmo sentido arremata Kazuo Watanabe "O legislador preferiu defini-los para evitar que dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categorias jurídicas, possam impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas ou seus sucessores." WATANABE. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 623.

Teori identifica uma *margem de heterogeneidade*, agora claramente tutela de direitos individuais: a) para quem é devido (*cui debeat*); b) o quanto é devido (*quantum debeat*).

Perceba, contudo, que a *fluid recovery* consiste em uma terceira fase, não mencionada na decisão, na qual a questão volta ao *núcleo de homogeneidade*. Na terceira fase será devido para todo o grupo, para garantia da reparação integral, em atenção ao *macrobem* objeto da tutela coletiva e ao interesse público primário. Será aferido apenas o quanto é devido (*quantum debeat*) vez que os valores serão revertidos para o FDD (art. 100, CDC).

Como se percebe, seja pela terceira fase, que garante a tutela do *macrobem ambiental*, seja pelo fenômeno da *múltipla incidência de uma mesma norma jurídica*, a decisão não infirma o entendimento deste Curso de que os direitos individuais homogêneos são *subespécie de direitos coletivos*, conforme já fora decidido pelo RE 163.231/SP. Naquele caso, a legitimação do Ministério Público foi reconhecida porque se identificaram os direitos individuais homogêneos com os direitos coletivos, este é o caminho que entendemos correto.

3. TITULARIDADE DOS DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU: DIREITOS SUBJETIVOS COLETIVOS.

Os direitos transindividuais (essencial ou acidentalmente) não possuem *titulares individuais determinados*, antes pertencem a uma comunidade ou coletividade. A calhar, o enunciado do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.529/2011, que regula a proteção ao abuso de concorrência: "A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei." Também em sentido semelhante, reconhecendo a titularidade de direitos a uma coletividade, o art. 232 da CF/88: "Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo."

Bem esclarece mais uma vez Antonio Gidi:

"Quanto à titularidade do direito material (aspecto subjetivo), temos que o direito difuso pertence a uma comunidade formada de pessoas indeterminadas e indetermináveis; o direito coletivo pertence a uma coletividade (grupo, categoria ou classe) formada de pessoas indeterminadas, mas determináveis; os direitos individuais homogêneos pertencem a uma comunidade formada de pessoas perfeitamente individualizadas, que também são indeterminadas e determináveis.

(...)

É imperativo observar que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular - e muito bem determinado: uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos. (...)

Quem tem o direito público subjetivo à prestação jurisdicional referente a tais direitos (direito de ação coletivo) é apenas a comunidade ou a coletividade como um todo, através das entidades legalmente legitimadas à sua propositura.⁴¹

As categorias de direito expostas (difuso, coletivo e individual homogêneo) foram elaboradas com vistas a possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional. São, portanto, conceitos interativos de direito material e processual, voltados para a instrumentalidade, para a adequação ao direito material da realidade hodierna e, dessa forma, para a sua proteção pelo Poder Judiciário. Por esse motivo é que o art. 81 do CDC, integrado à sistemática das ações coletivas (em nosso entender), identifica os titulares dos direitos subjetivos em seu parágrafo único e incisos. Dessa forma, são titulares nos respectivos incisos: I) direitos difusos: o grupo de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II) direitos coletivos *stricto sensu*: o grupo, categoria ou classe de pessoas; III) direitos individuais homogêneos: o grupo dos indivíduos lesados, quando a lesão decorrer de origem comum, tomados abstrata e genericamente para fins de tutela.

4. CRITÉRIOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO OBJETO DA AÇÃO COLETIVA.

A natural proximidade entre os direitos de natureza coletiva pode levar a situações (não raras) em que uma mesma conduta, v.g., publicidade enganosa ou abusiva, viole direitos (afirmados) difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Qual seria, então, o critério para distinção e classificação do direito na demanda?

Antonio Gidi entendeu, de modo pioneiro, que o caminho mais adequado seria identificar "o direito subjetivo específico que foi violado" (*rectius*: afirmado). Para ele, a associação comum entre a lesão decorrente

41. GIDI, Antonio. *Cóisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 22-23.

de publicidade e o direito difuso da comunidade não é necessária. De um mesmo fato lesivo podem nascer "pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas e, mesmo, individuais puras, ainda que nem todas sejam baseadas no mesmo ramo do direito material."

Supondo a hipótese de uma publicidade enganosa, onde o anunciante pratica falsidade ideológica ao levar o consumidor a confundir o seu produto com outro de uma marca famosa, o autor afirma que "diversas pretensões podem surgir e diversas ações (civis e criminais; individuais e coletivas) podem ser propostas em função desse ato ilícito." Para exemplificar aduz a ação criminal estatuída no art. 66 do CDC, as ações coletivas para defesa de direitos difusos da comunidade requerendo a retirada dos produtos, a contrapropaganda ou a indenização devida pelo dano já causado (a reverter para o fundo de recomposição do art. 13 da lei n. 7.347/1985). Havendo lesão a direitos individuais de consumidores que já adquiriram o produto influenciados pela publicidade ilícita, seria igualmente cabível ação para recompor esses prejuízos movida molecularmente, por um dos legitimados do art. 82 do CDC, visando à condenação genérica, art. 95 do CDC. E, ainda, não se pode esquecer a ação individual da empresa concorrente lesada.⁴²

Concluindo, Antonio Gidi reafirma que o "critério científico" na identificação do direito coletivo *lato sensu* "não é a matéria, o tema, o assunto abstratamente considerados, mas o direito subjetivo específico que foi violado" (*rectius*: que se afirme violado); e continua: "Nesse ponto dissentimos ligeiramente da tese de Nelson Nery Júnior quando conclui ser o tipo de tutela jurisdicional que se pretende obter em juízo o critério a ser adotado".⁴³ Atribui, assim, extrema relevância ao direito material, na sua fundamentação, "Primeiro, porque o direito subjetivo material tem a sua existência dogmática e é possível, e por tudo recomendável, analisá-lo e classificá-lo independentemente do direito processual. Segundo, porque casos haverá em que o tipo de tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material em tutela. Na hipótese acima construída, por exemplo, a retirada da publicidade do ar e a imposição de contrapropaganda podem ser obtidas tanto através de uma ação coletiva em defesa de direitos difusos como através de uma ação individual proposta pela empresa concorrente, muito embora propostas uma e outra com fundamentos jurídicos de direito material diversos".⁴⁴

Para Nelson Nery Jr., ainda, revela-se frequente o "erro de metodologia" da doutrina e jurisprudência na classificação do tipo de direito

42. GIDI, Antonio. *Cóisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 20-21.

43. GIDI, Antonio. *Cóisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 20-21.

44. GIDI, Antonio. *Cóisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 21.

coletivo: "Vê-se, por exemplo, a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor seria coletivo e que o de indenização por prejuízos particulares sofridos seria individual". Adiante complementa, "A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo." Nery Junior, entende ser preponderante "o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende".⁴⁵ Assim, para o autor, "da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais".⁴⁶

Nery Jr. traz o exemplo de um acidente ocorrido no Brasil com um navio turístico, o *Bateau Mouche IV*. Esse acidente possibilitaria várias ações distintas: "ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso)." Concluindo, "Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual".⁴⁷

Ora, o CDC conceitua os direitos coletivos *lato sensu* dentro da perspectiva processual, com o objetivo de possibilitar a sua instrumentalização e efetiva realização. Do ponto de vista do processo, a postura mais correta, a nosso juízo, é a que permite a fusão entre o direito subjetivo (afirmado) e a tutela requerida, como forma de identificar, na "demanda", de qual direito se trata e, assim, prover adequadamente a jurisdição. Não por outro motivo reafirmamos a característica híbrida ou interativa de direito material e direito processual intrínseca aos direitos coletivos, um direito "a meio caminho". Nesse particular, revela-se de preponderante importância a correta individuação, pelo advogado, do pedido e da causa de pedir, incluindo os fatos e o direito coletivo aplicável na ação. Portanto, propõe-se a fusão entre o pensamento de Antonio Gidi e Nelson Nery Jr., que em verdade se complementam reciprocamente.

45. O texto de GIDI foi publicado em 1995 enquanto que a menção por Nelson Nery Jr. ao "tipo de pretensão material" ocorreu em 1998. Assim, basta uma análise da 4ª do CDC comentado pelos autores do anteprojeto para perceber que ali Nery Jr. ainda não mencionava a pretensão de direito subjetivo coletivo "afirmada" como critério para caracterização da ação coletiva.

46. NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 778.

47. NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 778.

Por exemplo, em determinada ação onde se afirme a lesão cometida por veiculação de publicidade enganosa o autor da ação deverá descrever os fatos que justificam a demanda e embasam sua pretensão, afirmando que a publicidade foi ao ar nos dias x e y, através da mídia televisiva, atingindo um universo de pessoas circunscritas em determinada região. Deverá afirmar, ainda, que existe uma extensão possível de várias pessoas atingidas pela publicidade que adquiriram o produto em erro e que foram lesadas em seus direitos individuais, e que estes direitos, pela característica de origem comum, se configuram como individuais homogêneos. Requererá, assim e ao final, "a condenação genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados" (art. 95, do CDC).

No exemplo acima temos: 1) fatos (causa de pedir mediata ou remota), que originam lesão de direitos individuais; 2) um direito afirmado (causa de pedir imediata ou próxima), que pode ser configurado (em tese) como direito individual homogêneo por ter origem comum e se estender a vários titulares de direitos individuais hipoteticamente lesados; e, 3) um pedido imediato de condenação genérica, de acordo com o direito afirmado. Assim, trata-se claramente de uma ação para tutela dos direitos individuais homogêneos. Se o legitimado coletivo tivesse pedido a retirada da publicidade enganosa do ar, estaríamos diante de uma ação coletiva em tutela de direitos difusos. Nesse caso, não seria necessário fazer qualquer referência a pessoas lesadas em seus direitos individuais.

Tudo isso agora, porém, deve ser articulado com as novas ideias decorrentes da pesquisa de Edilson Vitorelli.

5. DOS DIREITOS COLETIVOS AOS CONFLITOS COLETIVOS: A ADEQUAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO ÀS PECULIARIDADES DO CASO LEVADO A JULGAMENTO. A PROPOSTA DE EDILSON VITORELLI

5.1. Introdução

A tipologia dos direitos coletivos promovida pelo Código de Defesa do Consumidor teve uma importância indiscutível para o desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil. Sobre tudo porque, a despeito de eventuais sobreposições conceituais, ela ajuda a compreender a diferenças entre os grupos titulares dos direitos coletivos.

Sucedo que há um problema.

Nada obstante as diferenças entre os direitos coletivos, o processo coletivo é basicamente o mesmo, pouco importa o tipo de direito - ressalvada

algumas peculiaridades, relativas à publicação de edital e à intervenção da vítima, do processo relativo aos direitos individuais homogêneos.

Perceba.

Um acidente ambiental no meio do Oceano Atlântico e o rompimento da barragem da Samarco (Minas Gerais, Mariana, 2016) geram, ambos, ações coletivas que versam sobre direitos difusos; ambas as ações seguirão o mesmo procedimento, independentemente das profundas diferenças que existem entre ambos os casos.

Ou seja: o Direito processual coletivo brasileiro – ao menos aquele que decorre das leis que compõem o respectivo microsistema – não se preocupou em construir modelos procedimentos adaptáveis às peculiaridades dos conflitos coletivos. É como se qualquer tipo de conflito pudesse tramitar, adequadamente, pelo mesmo e único modelo de procedimento comum, regulado pela Lei n. 7.347/1985.

O princípio do devido processo legal coletivo impõe que se construa um processo adequado às peculiaridades do caso concreto. Um procedimento adequado apenas no plano legislativo, em tese, abstratamente, não concretiza suficientemente o princípio da adequação.

Edilson Vitorelli percebeu esse ponto e propôs a construção do devido processo legal coletivo a partir do tipo do conflito – até porque, a partir do tipo do direito já se viu que não há como diferenciar o procedimento.

Para tanto, Vitorelli concebeu uma tipologia dos litígios coletivos, que se diferenciam, basicamente, em razão de duas variáveis: a) *conflituosidade*: tão mais conflituoso será o litígio quanto menos uniforme for a posição dos membros do grupo diante do conflito (seja porque existem subgrupos com interesses diversos, seja porque há conflito dentro do próprio grupo); b) *complexidade*: o litígio será tão mais complexo quanto maior for a variedade de formas pelas quais ele pode ser resolvido juridicamente⁴⁸.

Vitorelli parte, ainda, de importante premissa: a titularidade de um direito coletivo somente pode ser definida diante de alguma lesão ou ameaça concreta. A partir do conflito concreto – em razão da lesão ou ameaça de lesão a direito –, define-se qual é o grupo titular do direito. “Não importa

48. “Assim, por exemplo, um litígio coletivo sobre a despoluição de um rio é complexo, porque há inúmeras formas pelas quais o resultado prático desejado pode ser obtido, sem que se possa dizer, a priori, que uma delas seja a correta” (VITORELLI, Edilson. “Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”. *Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 87) integralmente em VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016.

de quem é o meio ambiente de uma ilha virgem e deserta, que se localize no meio do Oceano Pacífico. Pelo menos não até que ele seja lesado ou, pelo menos, ameaçado”⁴⁹.

De acordo com a sua proposta, os litígios coletivos podem ser de *difusão global, local ou irradiada*.

5.2. Litígios coletivos de difusão global

O litígio coletivo de *difusão global* é aquele em que a lesão ou ameaça de lesão não “atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa”⁵⁰. Nesses casos, o grau de *conflituosidade* do grupo titular do direito é muito baixo, pois os indivíduos que o “compõem são atingidos de modo uniforme pela lesão e praticamente não há interesse pessoal no conflito”⁵¹. A tendência é, também, de serem litígios menos complexos. Um exemplo: lesão ao meio-ambiente, consistente no vazamento de óleo em pequena quantidade no meio do oceano⁵².

Perceba que o grupo é composto por pessoas que sofrem do mesmo modo as consequências da lesão e, por isso, o grau de interesse de cada indivíduo no conflito é quase nenhum.

Para esse tipo de conflito, os legitimados tendem a ser os órgãos públicos cuja atuação se relacione à proteção do bem jurídico lesado (Ministério Público, Defensoria Pública, PROCON etc.), embora se possa conceber a condução do processo por associações com alta representatividade social como o Greenpeace.

A competência territorial para o processamento da ação coletiva é, também, mais facilmente identificável: competente é o juízo do foro do local da lesão ou da ameaça de lesão.

Além disso, em litígios assim, a probabilidade de autocomposição é bem alta: o objeto é mais facilmente identificado, possibilitando visualizar com mais facilidade os interesses em jogo e resolver consensualmente o conflito.

49. VITORELLI, Edilson. “Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”, cit., p. 86.

50. VITORELLI, Edilson. “Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”, cit., p. 89.

51. VITORELLI, Edilson. “Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”, cit., p. 92.

52. VITORELLI, Edilson. “Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”, cit., p. 92.

5.3. Litígios coletivos de difusão local

O litígio coletivo de *difusão local* é aquele em que a lesão ou ameaça de lesão atinge diretamente grupo de indivíduos que compartilham de uma identidade própria comum ou de uma mesma perspectiva social⁵³. É o caso da lesão que atinge diretamente comunidades tradicionais (índios ou quilombolas, p. ex.), minorias e trabalhadores. Nesses casos, o titular do direito coletivo é *este grupo diretamente atingido com a lesão*.

Alguns exemplos.

- a) lesão ambiental causada em um território indígena: "mesmo que se possa admitir que outras pessoas tenham relação com o meio ambiente lesado no interior de uma comunidade tradicional, é impensável que essa sociedade, diretamente atingida pela lesão, seja tão relevante para a tutela do direito quanto pessoas que estão a milhares de quilômetros do local, apenas porque 'todos têm direito a um meio ambiente equilibrado'"⁵⁴.
- b) direito de igualdade de gênero das mulheres: "ainda que homens se interessem em viver em uma sociedade em que não haja desigualdade de gênero, o interesse feminino nos conflitos transindividuais a ela relacionados é tão mais pronunciado que torna o masculino irrelevante"⁵⁵.
- c) direitos dos trabalhadores: "as condições trabalhistas na indústria metalúrgica interessam exponencialmente mais aos empregados nessa atividade do que aos advogados, mesmo que estes se interessem, em atenção a outros valores pessoais, em viver em uma sociedade na qual os metalúrgicos têm boas condições de trabalho"⁵⁶.

No litígio de difusão local, a conflituosidade é média, pois, de um lado, por compartilhar a mesma perspectiva social, a comunidade tende a ser mais coesa, mas, de outro lado, não se pode negar a existência de divergências internas dentro do próprio grupo - frequentes em casos de empregados e indígenas.

53. VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 89.

54. VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 93.

55. VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 95.

56. VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 96.

Exatamente porque o grupo titular do direito é mais delimitado e preciso, a chance de solução por autocomposição aumenta bastante - os litígios coletivos trabalhistas são uma excelente prova dessa afirmação.

Também porque a *difusão* da lesão é local, fica mais fácil identificar o juízo competente para a solução da causa.

Além disso, a percepção desse tipo de litígio facilita consideravelmente a identificação do legitimado adequado a conduzir o processo coletivo, que tenderá a ser um "ente" da própria sociedade civil (sindicatos ou associação de defesa dos direitos das mulheres, p. ex.) ou, excepcionalmente, o próprio grupo, como no caso das comunidades indígenas. Pode acontecer que, em atenção à vulnerabilidade social de certos grupos, se considere legitimado algum órgão público, como o Ministério Público do Trabalho, no caso dos empregados, e a FUNAI ou o Ministério Público Federal, no caso dos índios ou quilombolas. Os legitimados em lei poderão ter a adequada legitimação reconhecida, mas durante o procedimento o juiz e o Ministério Público, quando não for o autor, deverão fiscalizar a sua atuação para garantir a manutenção da tutela adequada, inclusive com a participação dos grupos diretamente afetados por audiências públicas e através da intervenção *amicus curiae*.

5.4. Litígios coletivos de difusão irradiada

O litígio coletivo de *difusão irradiada* é aquele em que a lesão ou ameaça de lesão atinge diretamente os interesses de "diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas"⁵⁷.

O grupo titular desse direito é composto pelas pessoas atingidas ou que podem ser atingidas pela lesão. Dentro desse grupo, pode haver subgrupos, com interesses heterogêneos e dentro dos próprios grupos as posições podem ser igualmente heterogêneas, uma vez que os grupos são compostos por membros que possuem perspectivas distintas do problema e sofrem consequências da lesão em graus de intensidade distintos⁵⁸.

57. VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 97.

58. "Gráficamente, a lesão é como uma pedra atirada em um lago, causando ondas de intensidade decrescente, que se irradiam a partir de um centro. Quanto mais afetado alguém é por aquela violação, mais

Dois exemplos paradigmáticos: construção de uma hidrelétrica⁵⁹ e proibição da queima de palha de cana de açúcar⁶⁰, em regiões canavieiras.

Nesses casos, há altas *conflituosidade* e complexidade: múltiplos resultados para o litígio são possíveis e o grupo titular do direito é composto

próximo está desse ponto central e, por essa razão, integra, com maior intensidade, essa sociedade elástica, que é a sociedade das pessoas atingidas pelo prejuízo e, por essa razão, titulares do direito violado". (VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 101)

59. "Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas da que existia originalmente". (VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 97-98.)
60. "A ocorrência desse evento forma uma sociedade elástica de indivíduos atingidos pela lesão ao meio ambiente, que é a poluição do ar. Esses indivíduos serão tão mais importantes, enquanto titulares do direito, quanto mais atingidos forem. Assim, no centro do círculo hipotético de titularidade encontram-se as pessoas mais propensas a serem prejudicadas pela piora da qualidade do ar decorrente da queima realizada, como os idosos, as crianças, os portadores de males respiratórios etc. Em uma posição um pouco mais afastada do centro se encontrarão as demais pessoas que residem na região afetada pela poluição. Mas a sociedade também é composta por pessoas com interesses antagônicos e conflitantes com essas. Não há como deixar de considerar central a posição dos trabalhadores rurais que, apesar de afetados pela poluição, restarão desempregados pela cessação dessa técnica de colheita. Entre esses trabalhadores, quando se consideram as posições relativas, estão mais próximos do centro aqueles que têm menos condições de se empregar em outras atividades, enquanto os que podem encontrar outros empregos com mais facilidade ocupam posição mais periférica. Essas pessoas provavelmente terão interesse de que a tutela jurídica seja realizada de modo distinto do pretendido por aqueles que se interessam pela qualidade do ar. Por exemplo, podem pretender que o prazo para a cessação da prática seja maior, permitindo sua recolocação profissional, ou que ela seja acompanhada de programas públicos de requalificação profissional. Também podem pretender que o meio ambiente não seja tutelado, julgando que o direito ao trabalho deve superar o direito ao equilíbrio ecológico. Nada disso implica que essas pessoas deixem de fazer parte da mesma sociedade titular do direito transindividual litigioso, uma vez que elas não são causadoras da lesão e são afetadas por ela e pela forma como for tutelada. É possível, ainda, pensar em outros integrantes dessa sociedade titular do direito, que estarão em posições mais periféricas no conflito, por serem atingidos indiretamente pela decisão, como os proprietários de comércio local que não residam no município, os fornecedores de alimentação aos trabalhadores, dentre outros. São pessoas que titularizam parcela muito reduzida do direito lesado, mas que ainda compõem essa sociedade. Por fim, as pessoas que nunca estiveram na região ou que apenas têm com ela vínculo episódico, não fazem parte da sociedade de titulares do direito. Não porque não tenham, abstratamente, direito a um meio ambiente livre de poluição, mas sim porque não sofrem lesão em razão dessa conduta especificamente considerada. A intensidade das relações dos demais integrantes da sociedade com os direitos lesados torna irrelevantes as posições dessas pessoas, para a definição da tutela jurídica aplicável ao caso. Mais uma vez, portanto, a definição da titularidade não se faz de modo absoluto ou abstrato, mas relativo e concreto, tendo como referência a lesão que se pretende tutelar". (VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 103-104)

por membros (inclusive outros grupos) que possuem interesses variados e, muitas vezes, contrapostos quanto ao resultado da causa⁶¹.

Note que o litígio não é de *difusão global*, pois é possível identificar pessoas que sofrerão as consequências da lesão em graus diferentes de intensidade; também não é de *difusão local*, pois os membros do grupo não compartilham a mesma perspectiva sobre o conflito⁶².

Em casos assim, será mais difícil identificar o legitimado adequado à condução do processo coletivo, tendo em vista a pluralidade de interesses, muitas vezes contrapostos, em torno do litígio. Tendencialmente, o caso deve ser conduzido por um legitimado que seja ente público - Ministério Público, p. ex.

Mas o órgão julgador deverá garantir a participação no processo, seja como colegitimado (assistente litisconsorcial), seja como *amicus curiae*, de entes que possam defender as variadas perspectivas do conflito⁶³.

A devida participação (contraditório) no processo coletivo, aqui, é o mais delicado e difícil problema a ser resolvido. Isso porque a ampliação da participação pode, em alguma medida, implicar severas dificuldades à duração razoável do processo coletivo e, consequente, à efetividade da tutela coletiva. Assim, a maior representatividade possível, no processo, das diversas perspectivas sobre o conflito deve ser garantida *ceteris paribus*, ou seja, na medida em que não comprometa gravemente a efetividade da tutela coletiva.

A competência para processar e julgar ação coletiva que verse sobre esse tipo de conflito deve levar em consideração o local onde estejam as pessoas mais proximamente atingidas pela lesão - o local do epicentro da lesão. Ou seja: no caso da construção da hidrelétrica, em região distante da capital do Estado, não se pode admitir que a ação seja processada na capital, apenas pelo fato de o caso repercutir, de alguma maneira, em todo o Estado.

A autocomposição será, também, mais difícil. Eventual acordo deverá não apenas contemplar os diversos interesses: ele deverá ser produzido com a efetiva participação dos adequados representantes desses

61. VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 99.

62. VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 99.

63. O § 4º do art. 78-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, que cuida da audiência pública, concretiza o quanto aqui se defende: "§ 4º Será garantida a participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida".

interesses. Será possível, então, admitir *autocomposições parciais*, celebradas com algum dos subgrupos, o que reforça a tese de Vitorelli de que, para tais conflitos, o *dogma da indivisibilidade* da tutela coletiva é não apenas inaplicável, mas, verdadeiramente, ruim para a construção do devido processo legal coletivo⁶⁴.

A decisão judicial, em casos assim, muito provavelmente será *estrutural* - sobre as decisões estruturais, ver item no capítulo sobre os aspectos gerais, neste Curso.

5.5. Cumulação de litígios de difusão irradiada com litígios globais e locais

O processo coletivo pode ter por objeto a solução de uma combinação de litígios coletivos.

Os litígios de difusão irradiada, justamente pela sua alta litigiosidade, costumam envolver a discussão sobre situações jurídicas e grupos diversos. Assim, este tipo de litígio poderá levar à combinação de outros tipos de litígio. Com a difusão irradiada do impacto haverá, muitas vezes, em um mesmo processo, situações jurídicas que digam respeito a litígios globais ou locais, além da difusão irradiada. Nesses casos, a fragmentação da tutela jurisdicional poderá ser recomendável para atender ao devido processo legal referente a cada espécie de litígio.

Um impacto muito profundo, como o de desastres ambientais em larga escala, exemplifica bem este problema. É o que ocorre no caso do desastre ambiental de Mariana, sobre o qual o STJ se manifestou em

64. "A adoção irrefletida do binômio indivisibilidade do direito - indeterminação dos titulares tem implicado o tratamento dos litígios coletivos que se enquadram nessa terceira categoria como se fossem litígios transindividuais globais, ou seja, como se não impactassem diretamente na vida de qualquer pessoa. Isso permite que a vontade do legitimado coletivo, acatada ou não pelo juiz, se converta na vontade da coletividade, a ser recoberta, futuramente, pelo pesado manto de imutabilidade da coisa julgada. Indivisibilidade - indeterminação tem sido uma fórmula de eliminação da complexidade social no âmbito do processo, o que, ainda que pareça vantajoso, é, em verdade, prejudicial à qualidade de seu resultado, já que reduz as informações disponíveis para orientar a atuação dos sujeitos processuais, no sentido da obtenção de uma solução adequada, à luz da complexidade dos fatos. Em outras palavras, não é vantajoso simplificar um processo se o conflito que ele se propõe a resolver não é simples. Além disso, a despersonalização do litígio contribui para a subtração do processo da crítica pública, pois reduz o peso das objeções de pessoas efetivamente afetadas pelas consequências negativas da lesão ao direito transindividual subjacente, às quais não se atribui especial relevância, eis que não se permite que elas se afirmem titulares do direito violado. Obscurece-se, dessa forma, o fato de que, se todos perdem com a poluição de um rio, perdem muito mais as pessoas que habitam ao seu redor e que dele retiram o seu sustento". (VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 100-101).

conflito de competência.⁶⁵ As ações coletivas mais amplas estão tramitando em sua maioria no juízo federal de Belo Horizonte, Minas Gerais. Há várias razões para isso: a) é a capital de um dos Estados mais atingidos (local do dano); b) havia prevenção (primeiras ações coletivas ajuizadas); c) o pedido era mais amplo nas ações ajuizadas. Essas razões permitem uma visão "macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão", tendo resultado na reunião dos processos como solução mais racional no "conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de mais efetividade, que não corram o risco de ser neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos".

Contudo a tutela das comunidades locais atingidas poderia revelar-se mais adequada se promovida próprias localidades atingidas (litígio local), questões como falta de água potável (muito embora também tratadas na Comarca de Belo Horizonte), prejuízos individuais sofridos pelo desastre que gerem situações individuais homogêneas indenizatórias, direitos dos indígenas Krenak, dos trabalhadores ribeirinhos de extração de areia e pescadores artesanais e dos pescadores da zona costeira atingida. Tendencialmente, tais situações jurídicas poderiam ser mais bem tratadas pelos juízes competentes nas próprias áreas atingidas, cabendo ao juízo de Belo Horizonte declinar da competência sempre e nos casos em que a tutela local afigurar-se mais adequada, especialmente em razão da necessidade proximidade com a prova, economia processual e de imediação do juiz em relação à produção de prova.

Essa exceção à regra geral foi expressamente ressalvada pelo STJ no Caso Samarco: "Há que se ressaltar, no entanto, as situações que envolvam aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia (tais como o ressarcimento patrimonial e moral de vítimas e familiares, combate a abuso de preços etc.) ou mesmo abastecimento de água potável que exija soluções peculiares ou locais, as quais poderão ser objeto de ações individuais ou coletivas, intentadas cada qual no foro de residência

65. CC 144.922/MG, Rel. Ministra DÍVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 09/08/2016. O precedente trata, ainda, do problema da multiconflituosidade: "uma situação de multiconflituosidade, com risco potencial de agravamento de dúvidas, incertezas, indefinições, contradições na prestação jurisdicional, tudo culminando em insegurança jurídica e retardamento na solução judicial quanto às consequências para a maior tragédia ambiental envolvendo exploração mineral de que se tem notícia até hoje. Daí a importância em se definir o único Juízo competente para as demandas, de forma a racionalizar a atividade jurisdicional e a evitar decisões díspares, conflitantes e incompatíveis entre si". CC 144.922/MG, Rel. Ministra DÍVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 09/08/2016.

dos autores ou do dano. Nesses casos, devem ser levadas em conta as circunstâncias particulares e individualizadas, decorrentes do acidente ambiental, sempre com base na garantia de acesso facilitado ao Poder Judiciário e da tutela mais ampla e irrestrita possível. Em tais situações, o foro de Belo Horizonte não deverá prevalecer, pois significaria óbice à facilitação do acesso à justiça, marco fundante do microsistema da ação civil pública".

Eventuais autocomposições, por outro lado, deverão permitir a participação direta dos atingidos, bem como dos órgãos públicos municipais e dos Ministérios Públicos envolvidos. Aliás, esse foi um dos argumentos pelos quais o STJ anulou a homologação do acordo firmado entre os órgãos públicos da União e dos Estados envolvidos, nos termos da decisão liminar na *Reclamação* nº 31.935/MG: "Ademais, diante da extensão dos danos decorrentes do desastre ocorrido em Mariana/MG, seria rigorosamente recomendável o mais amplo debate para a solução negociada da controvérsia, por meio da realização de audiências públicas, com a participação dos cidadãos, da sociedade civil organizada, da comunidade científica e dos representantes dos interesses locais envolvidos, a exemplo das autoridades municipais [...] também não se deve olvidar os riscos de lesão aos interesses dos entes federativos e demais representantes dos direitos difusos e coletivos afligidos pelo malsinado "EVENTO", que ficaram à margem de todo esse processo de negociação, a despeito de estarem diretamente sujeitos às cominações traçadas no aludido acordo."

5.6. Conclusão

As diferenças entre os conflitos coletivos justificam as variações sobre a competência, possibilidade de autocomposição, legitimação para a causa, intervenção de terceiro, conteúdo da decisão etc. Tomar o conflito coletivo - e não o direito coletivo - como o fator de adequação do processo coletivo é uma das premissas mais importantes, se não for a mais importante, para a construção de um devido processo legal coletivo⁶⁶.

Este *Curso*, que sempre defendeu teses como a competência adequada e a legitimação adequada, tem agora mais um forte respaldo dogmático para as suas conclusões e, por isso, seguirá a metodologia proposta por Vitorelli.

66. "É preciso buscar um conceito de devido processo legal coletivo que tenha como foco a obtenção de tutelas adequadas não da perspectiva da análise abstrata do caso, mas das pessoas que estão concretamente envolvidas no litígio e sofrerão, por vezes, de modo drástico, os efeitos da decisão em suas vidas". (VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva", cit., p. 107).

6. INSTRUMENTOS PARA A TUTELA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO: A AÇÃO-COLETIVA E O JULGAMENTO DE CASOS/QUESTÕES REPETITIVOS

No Direito brasileiro, as situações jurídicas coletivas podem ser tuteladas por dois tipos de instrumento: as ações coletivas, objeto principal deste volume do *Curso*, e o julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC), examinado no v. 3 deste *Curso*, como tipo de incidente em processos que tramitam em tribunais - é preciso consultar esse capítulo do v. 3 para a compreensão do panorama geral sobre o julgamento de casos repetitivos.

Ambos os instrumentos podem ser considerados "processos coletivos"⁶⁷, nos termos defendidos neste *Curso*, pois têm por objeto a solução de uma situação jurídica coletiva - titularizada por grupo/coletividade/comunidade.

Na *ação coletiva*, a situação jurídica coletiva é a questão principal do processo - o seu objeto litigioso. Algumas questões não podem ser questões principais de ação coletiva, tendo em vista a proibição decorrente do art. 1º, par. ún., Lei n. 7.347/1985.⁶⁸ O seu propósito é a prolação de uma decisão final que tenha aptidão para a formação de coisa julgada coletiva: a situação jurídica coletiva litigiosa passa a ser situação jurídica coletiva julgada. A coisa julgada pode ser desfeita pelos instrumentos usuais do processo coletivo (ação rescisória, ação para produção de prova nova capaz de por si só alterar o resultado da decisão anterior, resultante da coisa julgada *secundum eventum probationis*). No Direito brasileiro, a coisa julgada coletiva somente pode *beneficiar* os membros do grupo. A ação coletiva pode ser proposta por alguns legitimados e a decisão final vincula o grupo, *necessariamente*, e os membros do grupo, no caso de ser favorável. Pendente a ação coletiva, cabe ao membro do grupo, caso queira *sair* (*opt out*) do âmbito de incidência da ação coletiva, propor a sua ação individual ou nela prosseguir, uma vez informado da pendência do processo coletivo.

O julgamento de casos repetitivos tem por objeto a definição sobre qual a solução a ser dada a uma questão de direito (processual ou material, individual ou coletivo; não há restrições como aquelas decorrentes do art. 1º, par. ún., Lei n. 7.347/1985) que se repete em diversos processos pendentes. Esses processos podem ser homogêneos (têm por objeto litigioso questão de direito semelhante) ou heterogêneos (têm objeto litigioso

67. Em sentido diverso, entendendo que o incidente de resolução de demandas repetitivas não é técnica de processo coletivo, TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 91-92.

68. Ver adiante os fundamentos para a inconstitucionalidade das referidas limitações.

muito importante: aspectos

dessemelhante, mas há questões comuns, normalmente processuais, que se repetem em todos eles - em todos se discute, por exemplo, se uma pessoa jurídica pode ser beneficiária da gratuidade da justiça, embora nos processos pendentes a discussão de fundo seja totalmente diferente)⁶⁹. A repetição da questão em diversos processos faz com que surja o grupo daqueles em cujo processo a questão se repete; surge, assim, a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão repetitiva. O julgamento de casos repetitivos tem alguns propósitos: *a)* definir a solução uniforme a uma questão de direito que se repete em processos pendentes, permitindo o julgamento imediato de todos eles em um mesmo sentido; *b)* eventualmente, uma vez observadas as exigências formais e materiais do sistema de precedentes brasileiros (como, por exemplo, a obtenção de maioria sobre determinado fundamento determinante), produzir precedente obrigatório a ser seguido em processos futuros, em que essa questão volte a aparecer. A tese jurídica vinculará todos os membros do grupo, independentemente de o resultado ser favorável ou desfavorável, como precedente-norma; não se trata de coisa julgada, mas de força obrigatória do precedente. O julgamento de casos repetitivos pode ser instaurado por provocação do próprio órgão julgador, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da parte de um processo pendente. Os legitimados à propositura de ação coletiva, que não se encaixem em um dessas situações legitimantes, poderão participar do incidente como intervenientes (assistentes ou *amici curiae*). A tese jurídica que venha a ser a vencedora poderá ser revista após a instauração de um novo incidente de julgamento de casos repetitivos - note que não se trata de coisa julgada, que virá da aplicação da tese jurídica nos casos pendentes e futuros. A definição da questão de direito vincula todos os membros do grupo que estejam com processos pendentes ou que venham a ser ajuizados. Para entrar (*opt in*) no âmbito de incidência dessa decisão, é preciso que o membro do grupo permaneça com o processo em andamento - por isso, o art. 1.040, § 2º, CPC, permite que o membro do grupo desista do seu processo, saindo do âmbito da incidência do julgamento de casos repetitivos - ou que proponha uma demanda (opte por ingressar com a demanda, *opt in*), de modo a que a decisão seja aplicada também ao seu caso.

69. Percebendo o ponto, TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 91 e ss.; TALAMINI, Eduardo. "A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil". *Repercussões do novo CPC - Processo Coletivo*. Hermes Zanetti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 127; DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 3, p. 587.

As distinções entre as técnicas facilitam que se percebam, também, as semelhanças entre elas.

Além de ambas servirem à tutela de direitos de grupo, há aspectos técnicos semelhantes, como o regramento especial da desistência (seja da ação coletiva, seja do caso que deu azo à instauração do incidente de julgamento de casos repetitivos), a legitimação extraordinária para a provocação de um ou outro, a possibilidade de suspensão de processos individuais, a realização de audiências públicas, a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e o aumento da participação de outros sujeitos no processo em qualquer dos casos.

O uso de uma técnica ou de outra dependerá, de um lado, evidentemente, das definições estratégicas dos litigantes: legitimados coletivos, membros do grupo (litigantes eventuais) e os litigantes habituais. A busca (ou a precaução contra) de uma coisa julgada ou de um precedente obrigatório são as variáveis em torno das quais discussões sobre os custos (financeiros, políticos, sociais etc.) da litigância surgirão.⁷⁰ Opções como a desistência do caso em andamento (arts. 976, § 1º, 998, par. ún., e 1.040, § 1º, CPC), intervenção como *amicus curiae* ou interessado (art. 983, CPC), suscitação do incidente, escolha do caso de onde o incidente deva partir ou propositura da ação coletiva são ferramentas à disposição dos litigantes na definição de suas estratégias processuais.

De outro lado, a escolha da técnica a ser utilizada deverá observar o princípio da adequação. É também uma questão de estratégia processual do grupo.

Há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução pela técnica da ação coletiva - é inconcebível a instauração de uma ação coletiva cujo propósito seja definir se uma pessoa jurídica (em tese) pode ser beneficiária da gratuidade da justiça ou para definir se um determinado bem pode ser penhorado ou não.

Do mesmo modo, há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução por meio do julgamento de casos repetitivos. É inconcebível a instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas para definir se há o dever de uma indústria de colocar um filtro antipolvente em

70. Propondo a escolha estratégica e adequada entre processos coletivos *opt in* e *opt out*, cf. DODSON, Scott. An Opt-In Option for Class Actions. *Michigan Law Review*, vol. 115, n. 2, 2016.

suas chaminés. Esse é um tipo de situação jurídica coletiva que somente pode ser veiculada por meio de ação coletiva⁷¹.

Pode haver, no entanto, coincidência entre os objetos de uma ação coletiva e um incidente de julgamento de casos repetitivos. Ou seja: uma mesma situação jurídica coletiva pode ser objeto de ação coletiva e de incidente de julgamento de casos repetitivos.

Basta pensar na hipótese de uma ação coletiva que versa sobre o "direito de alunas de universidade de usar saia" e um incidente de resolução de demandas repetitivas, eventualmente instaurado em razão da existência de diversas ações individuais ajuizadas por estudantes que queiram usar esse traje. Quando isso acontecer, é preciso priorizar o julgamento da ação coletiva, por ser a técnica mais adequada, já que a situação jurídica coletiva leva à coisa julgada e é inteiramente conduzida por legitimado coletivo. É possível, inclusive, criar uma diretriz para o incidente de resolução de demandas repetitivas em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal: a existência de ação coletiva, pendente no Estado ou na Região, enquanto não estiver no Tribunal, seria fato impeditivo da instauração do incidente; a pendência da ação coletiva deveria levar à suspensão, até mesmo de ofício, dos processos individuais, tal como defendido por este Curso no capítulo sobre conexão e relação entre processos individuais e coletivos, e sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.110.549/RS (recurso especial repetitivo).

Além disso, no caso de serem distintos os objetos da ação coletiva e do incidente de julgamento de casos repetitivos - o que poderá ocorrer com frequência quando o julgamento de casos repetitivos tiver por objeto questão processual -, havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, ela deve ser a escolhida como caso piloto (causa representativa da controvérsia, nos termos do § 6º do art. 1.036 do CPC)⁷²⁻⁷³.

71. ROQUE, André Vasconcelos. "As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?". *Repercussões do novo CPC - Processo Coletivo*. Hermes Zanetti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 180.

72. Como, aliás, sugeriu CABRAL, Antonio do Passo. "A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 231, p. 217-220; "Do incidente de resolução de demandas repetitivas". *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Antonio Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.457. Nessa linha, também, enunciado n. 615 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: "Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo § 6º".

73. No caso de Mariana, o maior desastre ambiental da história do Brasil, existirão, provavelmente, várias ações individuais de indenização, mas a ação coletiva já ajuizada para discutir a responsabilidade e sua extensão deve ser analisada prioritariamente como caso piloto, caso ocorra a afetação a um incidente de resolução de demandas repetitivas, pois a característica de indivisibilidade do grupo, decorrente

Há, assim, uma diretriz normativa no sentido de priorizar a tutela coletiva por ação coletiva. Essa opção revela-se com alguma clareza do art. 139, X, CPC: diante de casos repetitivos, é dever do juiz comunicar o fato aos legitimados, para que verifiquem a viabilidade do ajuizamento de uma ação coletiva. Perceba: constatando a repetição, o órgão julgador tem o dever de informar para fim de instauração da ação coletiva.

Questão difícil é a compatibilização desse dever com a legitimidade do juiz de provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 977, I, CPC). Duas são diretrizes desse Curso: a) o dever do art. 139, X, é compatível com a legitimidade do art. 977, I: o julgador pode cumprir o dever e provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas; b) o juiz somente pode provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas caso haja algum processo no tribunal de onde o incidente possa ser gerado; assim, tendo conhecimento da repetição, que se revela ainda apenas em primeira instância, cabe ao julgar apenas cumprir o seu dever previsto no art. 139, X, CPC. A previsão desse dever confirma dogmaticamente a tese aqui sustentada: o processo coletivo brasileiro possui duas espécies: a) ações coletivas; b) incidente de julgamento de casos/questões repetitivos. Ambas as técnicas possuem distinções e similaridades que permitem falar em um devido processo coletivo (*fair trial*, *processo justo*, *giusto processo*, *procès équitable*) para a tutela dos grupos e das situações jurídicas ativas e passivas coletivas.

Imagine, então, a seguinte situação: uma ação coletiva é escolhida como causa piloto para fim de julgamento de casos repetitivos - rigorosamente, foi escolhido um recurso interposto no bojo de uma ação coletiva. Se houver desistência desse recurso, poderá o Ministério Público ou qualquer outro legitimado assumir o polo ativo do procedimento. A condução da discussão da tese jurídica a ser firmada continuará vinculada ao caso-piloto, pois se trata de desistência ineficaz. Em suma: aplica-se ao caso-piloto o regramento diferenciado da desistência ou abandono em processo coletivo (art. 5º, § 3º, Lei n. 7.347/1985). Nesse caso, a tese que vier a ser fixada aplicar-se-á ao caso-piloto.

Se o caso-piloto não for uma ação coletiva, a desistência é eficaz para fim de julgamento do caso. Mas como o incidente de julgamento de casos repetitivos é um processo coletivo, o Ministério Público assumirá a condução da discussão da tese jurídica a ser firmada.

do litígio global envolvendo o meio ambiente, e a maior representatividade dos interesses do grupo na ação coletiva, são essenciais ao julgamento do incidente neste caso. Muito embora exista uma concomitância de situações jurídicas distintas, há uma predominância da tutela coletiva. A ação coletiva neste caso não admite a opção pela exclusão; tutela direitos difusos. Quando a situação jurídica ambiental é principal, ou seja, é a questão jurídica debatida para formação da tese jurídica, a técnica das ações coletivas opt out deve predominar para garantir a adequada tutela.

Completo

migrando da posição de *fiscal da ordem jurídica* para a posição de *parte* do incidente. Nesse caso, a tese a ser fixada *não se aplicará* ao caso-piloto⁷⁴. O incidente será julgado, com a fixação da tese jurídica; o caso não será julgado. O incidente transforma-se de "caso-piloto" para caso-modelo, julgamento da tese sem a existência de um processo tramitando no tribunal. Em tal situação, cabe recurso contra acórdão que julga o incidente, cujo propósito é exclusivamente discutir a tese jurídica firmada⁷⁵; esse recurso é um processo coletivo, pois seu objeto litigioso se resume à definição da situação jurídica coletiva; a esse recurso deve aplicar-se a *regra da ineficácia da desistência infundada em processo coletivo* (art. 5º, §3º, Lei n. 7.347/1985) e não a regra geral de desistência dos recursos (art. 998, CPC); ou seja, não será eficaz, sem justo motivo, a desistência de recurso interposto contra acórdão que julga incidente de casos repetitivos que tenha por objeto apenas a discussão da tese jurídica definida no incidente.

Assim, é preciso fazer a sintonia fina entre esses dois instrumentos que, juntos, compõem o complexo sistema da tutela de direitos coletivos no Brasil.

7. SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS PASSIVAS

O legislador brasileiro cuida expressamente dos "direitos coletivos *lato sensu*", que são situações jurídicas ativas. Esses direitos são objeto das ações coletivas ativas.

É preciso, porém, não esquecer as *situações jurídicas coletivas passivas: deveres difusos, coletivos ou individuais homogêneos*. Eles são o objeto de um processo coletivo passivo. O estudo do processo coletivo passivo e, consequentemente, das *situações jurídicas coletivas passivas* será feito em capítulo próprio, neste volume do Curso.

74. Assim, enunciado n. 213 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "No caso do art. 998, parágrafo único, o resultado do julgamento não se aplica ao recurso de que se desistiu".

75. Assim, o enunciado n. 604 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "É cabível recurso especial ou extraordinário ainda que tenha ocorrido a desistência ou abandono da causa que deu origem ao incidente". Nesse sentido, também, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 3.

CAPÍTULO 3

Normas Fundamentais da Tutela Jurisdicional Coletiva

Sumário - 1. Consideração introdutória - 2. Princípio do devido processo legal coletivo: 2.1. Generalidades; 2.2. Regra da adequada legitimação; 2.3. Adequada certificação da ação coletiva; 2.4. Informação e publicidade adequadas; 2.5. Princípio da competência adequada - 3. Princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo - 4. Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva. O problema da desistência da ação coletiva - 5. Postulado hermenêutico do microsistema: aplicação integrada das leis para a tutela coletiva (diálogo de fontes) - 6. Reparação integral do dano - 7. Princípios da *não taxatividade* e *atipicidade (máxima amplitude)* da ação e do processo coletivo: 7.1. Generalidades; 7.2. O mandado de segurança coletivo como instrumento processual para a tutela de direitos difusos - 8. Princípio da predominância de aspectos inquisitoriais no processo coletivo.

1. CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

As normas fundamentais da tutela jurisdicional coletiva, que se distinguem, na aplicação das suas correlatas na tutela individual, quer por serem específicas, quer por apresentarem peculiaridades próprias da lógica do processo coletivo, passam a ser identificadas a seguir,¹ sempre atentando para sua ineliminável superposição e pela impossibilidade de expô-las em uma ordem rigorosamente lógica formal.

Intervente

1. As normas fundamentais correspondem a princípios e regras. A mudança para normas fundamentais neste capítulo se justifica também por isto. Quanto aos princípios na tutela coletiva é bom relembrar as lições da doutrina. Em texto valioso, tanto pelo poder de síntese, quanto pela excelência didática, Ada Pellegrini Grinover faz enumeração de alguns destes princípios. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Direito processual coletivo". In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 302-308. Outra classificação, de grande valia, é efetuada por LEITE, Carlos Henrique Bezerra. "Princípios da jurisdição metaindividual". In: *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004. p. 139-153. Para Carlos Henrique Bezerra Leite deve ser feita a distinção entre princípios de matriz constitucional e matriz infraconstitucional. Saliente o autor na matriz constitucional os princípios da acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade (citando o clássico de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, "Acesso à justiça"); e ainda, os princípios da identificação da lide coletiva por seu objeto, da absoluta instrumentalidade, da efetiva prevenção e reparação dos danos causados aos direitos metaindividuais (responsabilidade solidária dos causadores dos danos e reparação integral), da maior coincidência entre o direito e sua realização (Elton Venturi, "Execução da tutela coletiva"). Defende ainda uma particular visão dos princípios do devido processo legal, da igualdade e da paridade de armas. Também, Gregório Assagra de Almeida, *Direito processual coletivo brasileiro*, 560-579; RODRIGUES, Marcelo Abeilha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1998; VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000; procuraram classificar e identificar os princípios da tutela coletiva.

Com o advento do CPC-2015 o Código passa a contar com "normas fundamentais".

As normas fundamentais do CPC são inteiramente aplicáveis ao processo coletivo por serem estruturantes do direito processual brasileiro e estarem em sintonia com a Constituição e com a função recodificadora do Código.²

Assim, em relação às normas fundamentais, o CPC compõe o *núcleo do microsistema do processo jurisdicional coletivo brasileiro*.

Nesse capítulo, vamos nos dedicar ao exame das normas fundamentais, princípios, regras e postulados normativos aplicativos,³ peculiares do processo coletivo – as normas fundamentais gerais já foram examinadas no v. 1 deste *Curso*, para onde se remete o leitor.

2. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO

2.1. Generalidades

O devido processo legal precisa ser adaptado ao processo coletivo.

É preciso pensar em um *devido processo legal coletivo*. É preciso construir um regime diferenciado para o processo coletivo.⁴ A doutrina apresentou grande contribuição para esta reconstrução a partir do direito processual norte-americano.⁵

2. Apenas para ilustrar esta relação cf. VIOLIN, Jordão. "O contraditório no processo coletivo: *amicus curiae* e princípio da cooperação" In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 263/283 (DIDIER JR., Fredie (coord. geral). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8); BEDÉ JR., Américo; CASTELLO, Juliana Justo B. A garantia do contraditório prévio no novo Código de Processo Civil Repercussões na Tutela Coletiva. In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 247/262 (DIDIER JR., Fredie (coord. geral). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8); CARVALHO, Fabiana. "O princípio da eficiência e o processo coletivo no novo Código de Processo Civil" In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 471/487 (DIDIER JR., Fredie (coord. geral). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8).

3. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

4. Em sentido semelhante, manifesta-se Rodolfo de Camargo Mancuso, ao afirmar que "o devido processo legal, como entendido na jurisdição singular, não comporta traslado puro e simples para o ambiente processual coletivo, mas reclama uma reciclagem, que passa pela releitura do arsenal existente, a par da criação de categoria específicas, se e quando necessário" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 286. Também fazendo menção a um devido processo legal coletivo, cf.: ALMEIDA, Gregório Assagra da. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 454-456).

5. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Das Diretas aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, cap. 3. Para uma visão crítica das dimensões do "due process" americano e como ele vem sendo tratado pela Suprema Corte Americana na perspectiva das *class actions*, cf.: LAHAV, Alexandra D. "Due Process and the Future of Class Actions". *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 44, 2012, p. 545-560.

As mudanças resultam da necessária adaptação do princípio do devido processo legal a esses novos litígios.

"Sob tais perspectivas é possível determinar-se, assim, uma *releitura do princípio do devido processo legal*, que passa a assumir uma *vocação coletiva*, daí mensurando-se os contornos do *devido processo social*, dependente, muito mais que da ampliação e da desburocratização do aparelhamento judiciário ou de alterações legislativas, do abandono da dogmática em prol da efetividade da prestação da justiça, da compreensão do papel que o Poder Judiciário deve desempenhar na construção do Estado Democrático mediante a afirmação dos direitos individuais e sociais fundamentais... não constitui, em absoluto, qualquer *subversão*. Trata-se apenas de emprestar efetiva vigência a um princípio geral de hermenêutica acentuado por expressa disposição normativa implementada no ordenamento jurídico brasileiro em 1942..., segundo a qual 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'."

O processo coletivo exige regramento próprio para diversos institutos, que devem acomodar-se às suas peculiaridades: competência, legitimidade, coisa julgada, intervenção de terceiro, execução etc. De um modo geral, a legislação brasileira avançou bastante no tema, possuindo regramento próprio e geralmente bem adequado em todos esses aspectos.

É possível e preciso ir além, contudo.

Duas características do devido processo legal coletivo, ocorrentes no direito norte-americano das *class actions*, necessitam e podem ser transpostas para o direito processual coletivo brasileiro, mesmo sem a existência de texto legal expresso. Nesse sentido, de grande valor e importância foi a contribuição de Antonio Gidi no capítulo sobre os *aspectos procedimentais* de seu recente "A *Class Action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada".

Alguns aspectos desse *devido processo legal coletivo* merecem destaque, constituindo-se em verdadeiros princípios autônomos do direito processual coletivo, não obstante extraídos da mencionada cláusula geral (de resto, como todos os demais princípios processuais). São eles: princípio da adequada representação, princípio da competência adequada, princípio da certificação adequada, princípio da informação e publicidade adequadas e o princípio da coisa julgada diferenciada com a extensão *secundum eventum litis* da decisão favorável ao plano individual.

Vamos examiná-los.

6. Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 151. Como bem lembrado pelo autor, a expressão "devido processo social" é de Mauro Cappelletti.

2.2. Regra da adequada legitimação

Trata-se de regra que impõe o controle judicial da adequada legitimação extraordinária; só estaria legitimado quem, após a verificação da legitimação pelo ordenamento jurídico, apresentar condições de adequadamente desenvolver a defesa em juízo dos direitos afirmados (legitimação conglobante).

instrumento Nessa perspectiva, busca-se que esteja a classe/grupo/categoria bem representada nas demandas coletivas, quer dizer, representada por um legitimado ativo ou passivo que efetivamente exerça a situação jurídica coletiva em sua plenitude e guie o processo com os recursos financeiros adequados, boa técnica e probidade.

A norma é mais bem desenvolvida no capítulo dedicado ao estudo da legitimidade *ad causam* na tutela coletiva.

2.3. Adequada certificação da ação coletiva

Para Antonio Gidi, poderíamos avançar em nosso sistema processual coletivo se fosse possível a *class certification*. Não há vedação, mas não há determinação legal e não há cultura de certificação das ações coletivas e de controle das ações coletivas.

Entende-se por certificação “a decisão que reconhece a existência dos requisitos exigidos e a subsunção da situação fática em uma das hipóteses de cabimento previstas na lei para a ação coletiva. Através dessa decisão, o juiz assegura a natureza coletiva à ação proposta”.⁷ Também nessa decisão são definidos os contornos do grupo (*class definition*), o que se revela muito importante para o passo seguinte, a notificação ou cientificação adequada dos membros do grupo. Mas ambas as decisões não se confundem.⁸

instrumento Os elementos/requisitos para a certificação/verificação são expostos na *Rule 23 (a)*, enquanto a tipificação e cabimento da *class action*, o “tipo de tutela”, será acertado conforme a *Rule 23 (b)*.

No direito brasileiro a certificação deverá ocorrer na fase de saneamento, inclusive como garantia para o réu. Aqui uma inovação importante do CPC-2015. Conforme a noção dinâmica de saneamento adotada pelo CPC, a atividade saneadora dar-se-á para o passado e para o futuro. O

7. GIDI, Antonio. “A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada”. São Paulo: RT, 2007. p. 466.

8. GIDI, Antonio. “A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada”. São Paulo: RT, 2007. p. 194.

CPC confere especial relevância ao saneamento compartilhado nas causas complexas. Não há melhor exemplo de causa complexa do que o processo coletivo: fatos complexos, com alta conflituosidade interna, avaliação da adequada representação do legitimado ativo, determinação do polo passivo, a definição do grupo, os contornos do objeto litigioso, a necessidade de oitiva de *amici curiae* e de audiências públicas, a determinação da distribuição dinâmica do ônus da prova etc. No saneamento compartilhado será possível identificar e delimitar todas essas questões.

Nestes termos, estabelece o art. 357, § 3º, “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”. Um claro exemplo de processo cooperativo (art. 6º), voltado para a efetividade da tutela (art. 4º).

Trata-se de um juízo de admissibilidade da demanda, exigência natural de um procedimento com tantas e tão graves consequências para as partes:

“Como bem observado por Wouter de Vos, pela perspectiva do réu, que está sendo acionado em juízo pelo grupo, podendo ser responsabilizado a pagar ou despendar uma grande quantia, é importante que seja estabelecida a certeza, em uma fase inicial do procedimento, de que se trata mesmo de uma ação coletiva legítima. De outra forma, seria possível ameaçar o réu por um longo período com uma ação coletiva incabível, com o objetivo de forçá-lo a entrar em um acordo ou simplesmente prejudicá-lo. Em face da importância dos interesses em jogo, trata-se de uma incerteza intolerável. É surpreendente, portanto, que o direito brasileiro não disponha expressamente de uma fase formal em que o juiz determine se a ação pode ou não prosseguir na forma coletiva. Todavia, há dispositivos no direito individual que podem superar essa lacuna. Pode-se equiparar a fase de certificação da ação coletiva americana com o “saneamento do processo” no direito brasileiro.”

instrumento Essa exigência está prevista no direito brasileiro no regramento da ação de improbidade administrativa, espécie de processo coletivo, que possui uma fase própria e preliminar para verificação da “justa causa” (existência de mínimos elementos de prova para a demonstração da verossimilhança das alegações) da demanda (art. 17 da Lei n. 8.429/1992).

Não se pode esquecer, também, da decisão de organização do julgamento de casos repetitivos, proferida pelo relator, que cumpre o papel de

9. Cf. Gidi, “A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada”, p. 213. Sobre o cabimento das *class actions* e seus requisitos cf. o capítulo 4 da obra.

certificar essa espécie de processo coletivo¹⁰. A propósito, o §8º do art. 219 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia:

"§ 8º - Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas pelo órgão colegiado, retornarão os autos conclusos ao Relator, que proferirá decisão na qual: I - identificará, com precisão, a questão a ser submetida a julgamento; II - identificará as circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia em torno da questão jurídica; III - apresentará o índice com os fundamentos, acerca da questão jurídica, apresentados até o momento da admissão, inclusive os que constem de manifestações utilizadas para fins de instruir o pedido ou ofício de instauração, e com os dispositivos normativos relacionados à controvérsia; IV - determinará a suspensão do trâmite dos processos, individuais e coletivos, na primeira instância ou no Tribunal, em que se discuta a questão jurídica objeto do incidente; V - poderá requisitar informações sobre o objeto do incidente aos órgãos em que tramitam processos, judiciais ou administrativos, nos quais se discuta a questão objeto do incidente; VI - determinará a intimação do Ministério Público para que participe do incidente, salvo quando já figurar como requerente; VII - caso a questão objeto do incidente seja relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, comunicará ao ente público ou à agência reguladora competente para, querendo, participar do incidente, prestando informações; VIII - determinará a inclusão do incidente no Cadastro de Incidentes do Tribunal e comunicará ao Conselho Nacional de Justiça a sua instauração para fim de inclusão, no Cadastro Nacional, das informações constantes dos Incisos I a III do § 8º; IX - organizará a instrução do incidente, podendo, inclusive, designar audiência pública, nos termos deste Regimento".

Nada impede que se aplique a ideia a qualquer ação coletiva: o prosseguimento de um processo coletivo, que não apenas exige muita atenção e trabalho, mas que também traz consigo grande potencialidade de impacto social, não pode prescindir um rigoroso juízo de admissibilidade dos pressupostos de um processo coletivo (legitimidade, objeto, interesse social etc.).

A certificação de qualquer ação coletiva é exigência que decorre não apenas do devido processo legal.

É possível extraí-la da regra que impõe uma decisão de organização do processo de conteúdo vasto e complexo (art. 357, CPC) - se aplicável a casos individuais, por definição mais simples, quanto mais a casos coletivos -, além dos princípios do contraditório e da cooperação (art. 6º, CPC).

10. Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie; TEMER, Sofia. "A decisão de organização do Incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2016, n. 258.

PRINC. DA ADEQUADA NOTIFICAÇÃO

2.4. Informação e publicidade adequadas ^{REGRAS DA INFORMAÇÃO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES}

É bom dizer que o Brasil está dando uma guinada em prol da maior participação, informação e publicidade, seja pela Lei n. 12.527/2011 (Lei de acesso à informação), seja pelo CPC/2015, que estabelece entre suas normas fundamentais, o dever de publicidade (art. 8º).

No modelo de julgamento de casos repetitivos como processo coletivo é interessante destacar o art. 979 do CPC que trabalha diretamente com a ideia de publicidade: "Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. § 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. § 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário".

A concretização do princípio da publicidade no processo coletivo impõe visualizá-lo em duas dimensões.

2.4.1. Princípio da adequada notificação dos membros do grupo

É importantíssimo que a existência do processo coletivo seja comunicada aos membros do grupo. Normalmente, isso será feito pela publicação de editais¹¹.

Essa comunicação precisa ser adequada (*fair notice*, como exige o direito estadunidense, examinado no capítulo sobre conexão e litispendência em processo coletivo). A comunicação serve para que se possa fiscalizar a condução do processo, pelo legitimado extraordinário, assim como para que se possa exercer o direito de "sair" da incidência da decisão coletiva.

11. No modelo europeu de tutela coletiva também existe a preocupação com a divulgação e uma adequada notificação do grupo. Destacam-se inclusive, mecanismos utilizados em alguns países, que permitem a notificação do grupo por meio da veiculação das informações a respeito da propositura de uma ação coletiva em jornais, revistas, mídia social, correio, comunicações de rádio, e-mail etc., cf. ERVO, Laura. *Class Actions in Sweden - a moderate start*. In: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 247-248; FERRAND, Frederique. *Collective Litigation in France: from distrust to cautious admission*. In: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 135.

No Direito brasileiro, há regramento da necessidade de comunicação nas ações coletivas de responsabilidade civil envolvendo direitos individuais homogêneos (art. 94 do CDC), exatamente para que o indivíduo possa, se quiser, escapar da incidência da decisão coletiva ou intervir no processo coletivo. O tema será abordado no capítulo sobre a conexão e litispendência em ações coletivas.

Pode-se, ainda, advertir: a adequação da publicidade das ações coletivas é, certamente, um dos mais importantes aspectos a serem observados no desenvolvimento do devido processo legal coletivo.

No Brasil, a lei determina que o Código de Defesa do Consumidor esteja sempre disponível, para consulta, em todos os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. Essa medida contribui, de forma concreta, para a divulgação dos direitos dos consumidores e, em especial, para o conhecimento pelo cidadão das normas de processo coletivo, contidas no Tít. III do CDC (cf. Lei 12.291/2010, que determina sanção de multa aos comerciantes ou prestadores de serviço que não tiverem à disposição do consumidor o CDC).

Não se podem ignorar, também, as regras sobre a publicidade do julgamento de casos repetitivos, espécie de processo coletivo, decorrentes do art. 979 do CPC, cujo propósito é exatamente o de qualificar a informação aos membros do grupo e aprimorar a qualidade da decisão a ser proferida nesse incidente.

2.4.2. Regra da informação aos órgãos competentes

A regra da informação aos órgãos competentes decorre dos art. 6º e 7º da Lei n. 7.347/1985. Neste último caso, apresenta-se o dever funcional de informar ao órgão curador da sociedade, o Ministério Público, sobre fatos que constituam objeto de ação civil pública.

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

O CPC-2015 reforçou este dever:

*Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva."

O tema voltará a ser examinado no capítulo sobre conexão e litispendência nos processos coletivos.

2.5. Princípio da competência adequada

A competência para a ação coletiva é um dos seus aspectos mais sensíveis, e quanto a isso não parece haver objeção doutrinária. Exatamente em razão da natureza do direito tutelado (cujo titular é um agrupamento humano composto por pessoas que podem estar em diversos lugares), é muito difícil identificar qual deve ser o juízo competente para julgar a causa.

Conforme será visto no capítulo sobre competência, o legislador brasileiro optou pela técnica dos *foros concorrentes* (diversos juízos competentes), nas hipóteses em que se afirme a existência de dano *nacional* ou *regional*.

Assim, nesses casos, o réu pode ser demandado em qualquer capital de Estado-membro ou em Brasília (art. 93 do CDC). Pode o demandante, portanto, ficar em uma situação que lhe permita proceder ao *forum shopping*, escolha do juízo de competência concorrente para apreciar determinada lide de acordo com seus interesses, quer para dificultar a defesa do réu, quer porque saiba que determinado juízo tem posicionamentos mais favoráveis a seus interesses. Trata-se de fenômeno muito frequente no âmbito do direito internacional¹², já examinado no v. 1 deste Curso.

Dentro deste contexto, há um princípio que deve ser inserido no processo coletivo nacional, pois tem finalidade prática urgente: o princípio da *competência adequada*.¹³

Trata-se de aplicar, no processo coletivo, a regra que permite ao juiz da causa (perante o qual a demanda foi proposta) controlar a competência adequada valendo-se da teoria do *forum non conveniens*, que nasceu como freio ao *forum shopping*.

12. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37.

13. Sobre o tema, BRAGA, Paula Sarno. "Competência adequada". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 219, p. 13-41.

Com a inserção desse princípio o próprio juiz da causa, dentro do controle de sua competência, utilizando a regra da *Kompetenzkompetenz* (o juiz é competente para controlar a sua própria competência), já aceito pelo ordenamento nacional, evitaria julgar causas para as quais não fosse o juízo mais adequado, quer em razão do direito ou dos fatos debatidos (p. ex.: extensão e proximidade com o ilícito), quer em razão das dificuldades de defesa do réu. Também seria evitado o uso da competência para obter vantagens processuais, trabalhando como limite para que a regra da competência por prevenção não se torne uma disputa pelo foro.

Justamente, "para evitar os abusos, desenvolveu-se uma regra de temperamento, conhecida como *forum non conveniens*, que deixa ao arbítrio do juízo acionado a possibilidade de recusar a prestação jurisdicional se entender comprovada a existência de outra jurisdição internacional invocada como concorrente e mais adequada para atender aos interesses das partes, ou aos reclamos da justiça em geral".¹⁴

A mesma lógica preside a doutrina do *forum non conveniens*, aplicável tanto em processos individuais como em processos coletivos¹⁵. Sobre o assunto, examinar o item a ele destinado no v. 1 deste *Curso*.

O princípio da competência adequada poderia ser reduzido, pois, ao seguinte enunciado normativo: "competência adequada: nas demandas coletivas a competência territorial concorrente é absoluta e será fixada pela prevenção; nada obsta, entretanto, que em face de outro foro competente seja modificada a competência quando este se revele mais adequado a atender aos interesses das partes ou às exigências da justiça em geral".

Como se pode perceber, a partir da aplicação de uma teoria amplamente difundida no direito internacional e no direito estrangeiro, é possível, sem ofensa ao princípio do juiz natural, pensar num modelo de competência para as ações coletivas que possa gerar mais efetividade e racionalidade na prestação jurisdicional em sede de tutela coletiva.

Uma regra de competência, para estar de acordo com esse princípio, poderia vir assim formulada, em proposta que ora se apresenta:

"Aplica-se aos processos coletivos o princípio do *forum non conveniens* quando o dano for de âmbito regional ou nacional, podendo o juiz, levando em consideração a facilitação da produção da prova e da defesa do réu, a publicidade da ação coletiva e a facilitação

14. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 37.

15. Cf. Jack H. Friedenthal; Arthur R. Miller; John E. Sexton; Helen Hershkoff. *Civil Procedure - Cases and Materials*, 9ª ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 348 e ss.

da adequada notificação e conhecimento pelos membros do grupo, declinar de sua competência estabelecida pela prevenção para um juízo mais adequado"

As aplicações práticas deste princípio serão demonstradas no capítulo sobre a competência na ação coletiva.

3. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO CONHECIMENTO DO MÉRITO DO PROCESSO COLETIVO

O CPC consagra o princípio da *primazia da decisão de mérito*. Aqui, temos uma contribuição do Direito Processual coletivo ao Direito Processual individual. Muito embora todo o processualista contemporâneo lutasse contra as sentenças de conteúdo processual, foi o processo coletivo, em razão do interesse público primário que o anima, o primeiro a consagrar este princípio. *Intencionalmente*

De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. A demanda deve ser julgada – seja ela a demanda principal (veiculada pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental¹⁶.

O art. 4º, CPC, de modo bem assertivo, garante à parte o *direito à solução integral do mérito*.

Há outros dispositivos do CPC que reforçam e concretizam esse princípio.

- a) Art. 6º: todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em prazo razoável, *decisão de mérito* justa e efetiva. Rigorosamente, a primazia da decisão de mérito é, na verdade, um corolário do princípio da cooperação¹⁷.
- b) Todas as regras que compõem o sistema da *translatio iudicii* – preservação dos efeitos da litispendência e das decisões, a despeito da incompetência – reforçam a primazia da decisão de mérito (arts. 64, 240 e 968, §§ 5º e 6º).
- c) Art. 76: prevê o dever geral de o juiz determinar a correção da incapacidade processual.

16. Encampando essa ideia, sobreveio o enunciado n. 372 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O art. 4º tem aplicação em todas as fases e em todos os tipos de procedimento, inclusive em incidentes processuais e na instância recursal, impondo ao órgão jurisdicional viabilizar o saneamento de vícios para examinar o mérito, sempre que seja possível a sua correção".

17. MITIDIERO, Daniel. *A colaboração no processo civil*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 166.

d) Art. 139, IX: o juiz tem o dever de determinar o suprimento dos pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.

Procurar base
e) § 2º do art. 282: "quando puder *decidir o mérito* a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta". Regra importantíssima, que expressamente determina que o juiz ignore defeitos processuais, se a decisão de mérito não prejudicar aquele que se beneficiaria com o reconhecimento da nulidade - a regra é estudada com mais detalhes no capítulo sobre as nulidades processuais, nesse volume do *Curso*. Esse é um dos enunciados que mais evidenciam o princípio da primazia da decisão de mérito.

f) Art. 317: antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o órgão jurisdicional deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. Esse é outro dos enunciados que mais evidenciam o princípio da primazia da decisão de mérito.

g) Art. 321: antes de indeferir a petição inicial, o juiz deve mandar que a parte autora a emende ou a complete. Desse enunciado decorre verdadeiro direito à emenda da petição inicial defeituosa.

h) Art. 485, § 7º: interposta a apelação contra sentença que extingue o processo sem exame do mérito, poderá o juiz retratar-se - estímulo evidente para que o reexamine sua decisão de não examinar o mérito da causa.

i) Art. 488 (enunciado semelhante ao § 2º do art. 282): sempre que for possível, o juiz deve priorizar a resolução do mérito em detrimento da decisão que não o examina. Esse é outro dos enunciados que mais evidenciam o princípio da primazia da decisão de mérito.

j) Art. 932, par. ún.: o relator, antes de considerar inadmissível o recurso - portanto, não examinando o mérito do recurso -, concederá prazo de cinco dias ao recorrente, para que seja sanado o defeito.

k) Art. 1.029, § 3º: O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repare grave. Dispositivo importantíssimo, pois autoriza que o tribunal superior desconsidere vício de um recurso tempestivo (interposto no prazo), para poder julgar o seu mérito. Dispositivo semelhante é o § 11 do art. 896 da CLT.

Este princípio, cuja aplicação para o processo coletivo já havia sido defendida nas edições anteriores deste *Curso*, acabou por agora estar elencado entre as normas fundamentais do CPC/2015.

A existência desse princípio no microsistema da tutela coletiva é antiga e muito clara.

Uma disposição referente a esse princípio, no âmbito da tutela coletiva, pode ser encontrada na previsão da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Seguindo a premissa da legislação, não haverá coisa julgada no caso de improcedência por falta de provas (art. 103, CDC; art. 16 da Lei n. 7.347/1985; art. 18 da Lei n. 4.717/1965). O que se pretendeu foi garantir que o julgamento pela procedência ou improcedência fosse *efetivamente de mérito*, não uma decisão que se limite a aplicar do ônus da prova como regra de julgamento.

O STJ, lastreado nesse princípio, considera necessária a continuidade do processo, inclusive nos casos em que seja detectado um vício de representação na associação que originariamente ajuizou a ação coletiva: "Prevalece, na hipótese, os princípios da indisponibilidade da demanda coletiva e da obrigatoriedade, em detrimento da necessidade de manifestação expressa do Parquet para a assunção do polo ativo da demanda"¹⁸. É bom frisar que, surpreendentemente, o STJ se divorciou deste correto entendimento em alguns casos recentes decorrentes da sucessão de associações (STJ, REsp n. 1.405.697/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 08/10/2015).

Importante
Além disso, percebe-se a aplicação deste princípio no entendimento segundo o qual a ilegitimidade ativa no processo coletivo deve implicar sucessão processual, saindo a parte ilegítima e ingressando uma parte legítima, em vez da extinção do processo sem exame do mérito, conforme será examinado no capítulo sobre a legitimidade *ad causam* na ação coletiva. Trata-se de aplicação analógica do que já dispõem os arts. 5º, § 3º, da LACP e 9º da LAP.¹⁹

18. STJ, 2ª T., REsp n. 1.372.593/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 07.05.2013, publicado no DJe de 17.05.2013; REsp 855.181/SC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 1º/9/2009, DJe 18/9/2009.

19. Os textos são expressivos: "Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa." (art. 5º, § 3º da LACP); "Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição de instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, II, ficando assegurado a qualquer cidadão bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento do feito" (art. 9º da LAP). Note-se a previsão de *desistência fundada*, ou seja, a indisponibilidade temperada da demanda coletiva. Sobre o tema ver o princípio da indisponibilidade temperada (abaixo) e o tópico próprio sobre o MP.

4. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA DEMANDA COLETIVA. O PROBLEMA DA DESISTÊNCIA DA AÇÃO COLETIVA

Diferentemente do processo individual, no qual está presente a *facultas agendi* característica do direito subjetivo individual, o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público primário. Como veremos em diversas passagens deste *Curso*, em especial quanto ao controle da adequada representação, às soluções consensuais, e o inquérito civil, há diversos graus de interesse público, o que justifica uma disponibilidade motivada.

Esta indisponibilidade não é, contudo, integral: há uma "obrigatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade"²⁰ para o ajuizamento da ação coletiva.

Claro que essa obrigatoriedade está predominantemente voltada para o Ministério Público, já que ele tem o dever funcional de, presentes os pressupostos e verificada a lesão ou ameaça ao direito coletivo, propor a demanda; mesmo assim, poderá o Ministério Público fazer um juízo de oportunidade e conveniência, que equivale a um certo grau de discricionariedade controlada do agente. Nos casos de inquérito civil já instruído, a não propositura implicará arquivamento, sujeito ao controle pelo Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º da LACP) – conforme será examinado no capítulo respectivo.

Por outro lado, há obrigatoriedade de intervenção como fiscal da ordem jurídica, sempre que o Ministério Público não for parte; e mais: a lei determina que será obrigatória a continuidade da ação coletiva em caso de "desistência infundada ou abandono", sendo que o Ministério Público ou outro legitimado deverá assumir a titularidade ativa (art. 5º, § 1º e 3º).

20. Anota Pedro da Silva Dinamarco que a expressão tem origem em Édis Milare (DINAMARCO, Pedro da Silva, *Responsabilidade civil do promotor de justiça no inquérito civil*, p. 255). Cf. MILARÉ, Édis. *Ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 11. Do qual extraímos importante ponderação: "Não vamos chegar ao extremo de dizer que a atividade do Ministério Público, aí, seja ilimitadamente discricionária, ficando a critério do órgão a propositura ou não da ação. No entanto, verificando que não há suporte legal para o ajuizamento da ação, ou, ainda, que não é oportuna ou conveniente essa propositura, poderá deixar de exercê-la". (MILARÉ, *Ação civil pública na nova ordem constitucional*, cit., p. 11). No que diz respeito ao princípio da disponibilidade motivada na esfera de atuação do *Parquet*, cf., ZANETTI JR., Hermes. "Ministério Público na intervenção protetiva dos direitos fundamentais e a 'disponibilidade motivada': para além dos pareceres". In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 409-428. Cf., também, ZANETTI JR., Hermes. "Comentários ao art. 178 do CPC/2015". In: STRECK, Lênio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270-277. A ideia original no processo coletivo foi defendida por ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Porém, nesses casos, é bom frisar que poderá ser feito um juízo idêntico de "oportunidade e conveniência" pelo Ministério Público, não fazendo sentido a obrigatoriedade de continuar em processo com demanda infundada ou temerária. É mais adequado o dispositivo da Lei n. 7.347/1985 em relação à redação anterior da Lei n. 4.717/1965 (art. 9º), que não previa expressamente a desistência infundada.

Este mesmo princípio também é denominado "princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva".²¹

Existem três teorias sobre o controle da motivação da desistência ou não continuidade pelo Ministério Público: a) aplica-se analogicamente o art. 28 do CPP; b) aplica-se analogicamente o art. 9º da LACP; c) aplica-se analogicamente o art. 485, III e VIII, CPC. O certo é que se o Ministério Público pode desistir ou não continuar na ação, por identidade de razões não há obrigatoriedade nos recursos, podendo desistir também desses.

Essas regras, exemplificativas, traduzem a preocupação do microsistema no efetivo ajuizamento (obrigatoriedade temperada) e na continuidade das ações coletivas. Serão examinadas, mais a fundo, no capítulo sobre os aspectos gerais da tutela coletiva.

A indisponibilidade da demanda coletiva executiva é ainda mais acentuada.

Se por um lado o interesse público presente nas ações coletivas orienta para uma obrigatoriedade temperada na propositura da ação e para determinação de sua continuidade nos casos de desistência infundada ou abandono, o princípio da indisponibilidade da demanda executiva não comporta exceções. Ora, tendo sido ajuizada ação coletiva e julgada procedente é dever do Estado efetivar este direito coletivo *lato sensu*, cabendo ao Ministério Público a efetivação sob pena das sanções previstas na legislação (art. 15 da Lei n. 7.347/1985), examinado no capítulo sobre a execução coletiva).

Importante ressaltar, como faz Carlos Henrique Bezerra Leite, a tutela dos direitos individuais. "Idêntico princípio, porém, não é aplicado na ação civil pública destinada à tutela dos interesses individuais homogêneos".²² Na verdade, devemos fazer uma subdivisão: criar um subprincípio, isto porque, segundo a regra do processo para tutela de direitos individuais homogêneos, repetida no regulamento do Fundo de Direitos Difusos, quando houver concurso de créditos deverá prevalecer a indenização decorrente dos prejuízos individuais

21. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 573.

22. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Princípios da jurisdição metaindividual*, p. 148, nota 222.

(art. 99 do CDC e art. 8º do Decreto 1.306/1994). Contudo, o princípio da prevalência da execução dos prejuízos individuais em nada enfraquece a obrigação do MP de executar, já que apenas a destinação da importância recolhida ao fundo ficará suspensa enquanto não houver a satisfação dos credores individuais, e, mesmo assim, sendo manifestamente suficiente o patrimônio do devedor nada obstará a efetivação da pretensão coletiva.

5. POSTULADO HERMENÊUTICO DO MICROSSISTEMA: APLICAÇÃO INTEGRADA DAS LEIS PARA A TUTELA COLETIVA (DIÁLOGO DE FONTES)²³

Os processos coletivos são regidos por regras e princípios próprios e integrados, cuja compreensão e aplicação devem ser feitas em permanente diálogo.

Sempre que houver uma aparente lacuna nesse conjunto normativo, caberá ao aplicador buscar a solução para o problema dogmático dentro do microssistema da tutela coletiva.

É certo que o CPC-2015 é o primeiro código de processo civil brasileiro produzido já levando em consideração a tutela coletiva. As diversas técnicas processuais avançadas previstas no CPC, todas elas aplicáveis ao processo coletivo, permitem que se possa dizer que, em certa medida, também essas técnicas – por terem um caráter bifronte e heterotópico – compõem a tutela coletiva.

Assim, antes de voltar os olhos para o sistema geral, o intérprete deverá examinar, no conjunto legislativo que constitui o microssistema, se não existe uma norma mais adequada à correta pacificação do conflito coletivo com justiça.

Aplicável, assim, a teoria do diálogo de fontes, desenvolvida por Erick Jaime e, no Brasil, por Cláudia Lima Marques: há diversas fontes de normas

23. Esse é um dos mais importantes e férteis campos de pesquisa no processo coletivo, a sugestão de alteração do nome do princípio se deve ao colega Fernando Gajardoni, que sugeriu a menção expressa à integração entre as normas. A partir deste princípio, Carlos Henrique Bezerra Leite antevê a possibilidade de agregar na tutela coletiva princípios típicos do direito processual do trabalho. Nesse sentido defende que são aplicáveis na tutela coletiva os princípios de proteção e da finalidade social. Conceituando: "podemos dizer que o princípio da proteção ou tutelar é peculiar ao processo do trabalho. Ele busca compensar a desigualdade existente na realidade com uma desigualdade em sentido oposto" (LEITE, *Princípios da jurisdição metaindividual*, p. 149). Por outro lado: "A diferença básica entre o princípio de proteção e o princípio da finalidade social é que, no primeiro, a própria lei confere a desigualdade no plano processual; no segundo, permite-se que o juiz tenha uma atuação mais ativa, na medida em que auxilia o trabalhador, em busca de uma solução justa, até chegar o momento de proferir a sentença". (idem, p. 151).

coletivas, que devem ser interpretadas em permanente diálogo sistemático de coerência: "na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra".²⁴

Quando não houver no diploma específico norma que contradiga essa solução, ou mesmo havendo, esta norma for mais estreita na aplicação, deverá prevalecer a interpretação sistemática, decorrente das regras do CDC e da LACP, em conjunto e harmonia com a Constituição e as normas fundamentais processuais do CPC-2015.

Aliás, não só essas, mas, também, se necessário, uma leitura "inter-comunicante de vários diplomas", já que este microssistema é formado de "normas múltiplas de comunicação e influência subsidiária"²⁵, como as normas processuais da Ação Popular, do Estatuto do Idoso, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Improbidade Administrativa etc.

Questões complexas como a disciplina da coisa julgada, das despesas processuais e da competência têm tido por parte da doutrina e da jurisprudência um tratamento sistemático a partir das regras do CDC, demonstrando o acerto dessas afirmações.

O CPC-2015 tem, portanto, função organizadora, flexível e aberta em relação ao microssistema, sem, contudo, contrariar as normas próprias da tutela coletiva, que devem ser preservadas. Tanto é assim que a própria norma da ação popular determina: "Art. 22. Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo que não contrariem os dispositivos desta lei, *nem a natureza específica da ação*".

Não significa mera subsidiariedade ("naquilo que não contrariem os dispositivos desta lei"), mas o legislador foi além, estabeleceu como sistema do CPC, não poderá fomentar contradição com a "natureza específica da ação", no caso, tutela de interesses públicos.

Muito importante notar que esse microssistema estabelece e fundamenta o devido processo legal coletivo: "[...] falar-se em devido processo legal, em sede de direitos coletivos *lato sensu*, é, inexoravelmente, fazer menção ao sistema integrado de tutela processual trazido pelo CDC e LACP (Lei 7.347/85)".²⁶ Quer dizer: "caso não sejam observadas essas regras e se parta para a aplicabilidade das regras ortodoxas liberais e individualistas do processo civil clássico, haverá vício de invalidade processual possível

24. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1994, p. 28.

25. MAZZEI, Rodrigo. *A ação popular e o microssistema da tutela coletiva*, p. 410-411.

26. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, v. 1, p. 76.

de sanção de nulidade absoluta do processo coletivo por desrespeito ao princípio do devido processo legal²⁷.

Assim, o microsistema do processo coletivo e o CPC se aplicam conforme um diálogo de fontes. A aplicação do CPC ao microsistema da tutela coletiva é supletiva e subsidiária conforme o caso; *supletiva* quando não há no microsistema disciplina da matéria, por exemplo, no caso dos precedentes obrigatórios e das demais normas fundamentais; *subsidiária*, quando a disciplina na matéria é incompleta, como por exemplo, no caso da previsão da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º). Em ambos os casos, a aplicação somente poderá ser feita se não houver incompatibilidade com a disciplina própria do microsistema - por isso, sempre deve ser considerada residual; por exemplo, não se aplicam ao microsistema da tutela coletiva as regras sobre honorários em ações de dano moral (art. 85, § 14 c/c art. 292, V, CPC) e sobre a antecipação dos honorários periciais na prova pericial (art. 91, CPC).

6. REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

Trata-se de um importante princípio do Direito coletivo: o dano ao grupo deve ser reparado integralmente. O suporte para o tratamento integral do dano está na compreensão do grupo como entidade e não como mera reunião de litígios individuais.²⁸

A disciplina da ação popular, por exemplo, prevê que: "a sentença que julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa" (art. 11 da Lei 4.717/1965).

Fica evidente aqui a presença do *princípio da reparação integral do dano*: mesmo que não tenha sido feito o pedido de condenação, este se retira da natureza da ação popular e da ação de improbidade administrativa, admitindo-se uma espécie de pedido implícito.

Outra faceta desse princípio está na chamada *fluid recovery*, recuperação fluida, segundo a disposição do art. 100 do CDC, sendo que mesmo não havendo liquidação e execução da totalidade dos titulares dos direitos

27. ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 569.

28. SHAPIRO, David L. *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73 Notre Dame L. Rev. 913 (1998). Available at: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol73/iss4/2>.

individuais homogêneos, a reparação deverá ser integral, com os valores auferidos revertidos para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (ver o capítulo sobre a liquidação e execução coletivas).

7. PRINCÍPIOS DA NÃO TAXATIVIDADE E ATIPICIDADE (MÁXIMA AMPLITUDE) DA AÇÃO E DO PROCESSO COLETIVO

7.1. Generalidades

Este importante princípio tem uma faceta dupla: ao tempo em que não se pode negar o acesso à justiça aos direitos coletivos novos, já que o rol do art. 1º da Lei n. 7.347/1985 é expressamente aberto ("*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*", inciso V desse artigo; também constitucionalmente assegurado, art. 129, III, da CF/1988, "*outros interesses difusos e coletivos*"), quaisquer formas de tutela serão admitidas para a efetividade desses direitos; nos termos do que prevê o art. 83 do CDC ("Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis *todas as espécies de ações* capazes de propiciar sua *adequada e efetiva tutela*").

Ou seja: a) o rol legal de direitos coletivos é exemplificativo - há direitos coletivos atípicos; b) todos os procedimentos podem servir à tutela coletiva - mandado de segurança, ação possessória, reclamação, ação rescisória, ação de exigir contas etc., até mesmo procedimentos de jurisdição voluntária, como o protesto.

Com isso se superam as objeções ao cabimento de ações e pedidos em tutela coletiva por parte de parcela da doutrina e mesmo por inconstitucionais restrições ou interpretações das normas "coletivas".

Nesse sentido: "pelo princípio da não taxatividade da ação coletiva, qualquer tipo de direito coletivo em sentido amplo poderá ser tutelado por intermédio das ações coletivas. Essa assertiva também é reforçada pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdiccional coletiva, previsto no art. 83 do CDC e aplicável a todo o direito processual coletivo, por força do art. 21 da LACP. Limitações levadas a efeito pela jurisprudência e pela legislação infraconstitucional são inconstitucionais, já que ferem disposições expressas do texto constitucional (arts. 5º, XXXV, e 129, III, da CF)."²⁹

Muito embora a Lei n. 7.347/1985 tenha sido concebida inicialmente para a tutela das obrigações de fazer e de não fazer ou a tutela pecuniária (como "alternativas"), *hoje está pacificado o entendimento que permite a*

29. ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 575.

*cumulação dos pedidos condenatórios ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa e quantia certa, bem como outros que forem necessários para a adequada tutela dos direitos coletivos discutidos no processo.*³⁰

Neste sentido, também, a doutrina: "De início, a Lei da Ação Civil Pública foi concebida para regular apenas as ações de responsabilidade civil, de obrigação de fazer e não fazer e as ações cautelares. Hoje, porém, em vista do art. 83 do CDC - que consagra o direito à adequada tutela jurisdicional -, são cabíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos."³¹

Além disto, também o "nome" dado à ação coletiva não importa para fins de sua admissibilidade em juízo. O que importa é a "substância" da ação. Por exemplo: quer seja uma "ação de mandado de segurança coletivo", quer uma "ação civil pública" ou uma "ação popular", se todas compartilham mesma causa de pedir e mesmo pedido (ou próximo - mesmo "bem ou interesse" objeto de tutela), neste caso haverá duplicidade de litispendência, poderá haver coisa julgada ou conexão ou continência.

O principal: para fins de admissibilidade da demanda o nome é desimportante.³²

Também é aplicação desse princípio a interpretação de que o mandado de segurança coletivo pode ter por objeto qualquer direito coletivo (em sentido amplo). Já que todo procedimento pode servir à tutela coletiva (art. 83 do CDC), por que logo o mandado de segurança não seria permitido?

30. Consoante o julgado: "As consequências da ação civil pública quanto ao provimento jurisdicional não inibem a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças. A fortiori, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental. Axologicamente, é a causa petendi que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda. (STJ, 1ª T., REsp n. 510.150/MA, Rel. Ministro LUIZ FUX, j. em 17.02.2004, publicado no DJ 29.03.2004, p. 173). Esse entendimento está mantido no STJ de forma pacífica, a exemplo dos seguintes julgados: REsp 1269494/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013. REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006, p. 203.

31. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 408.

32. Cf. "O simples nome não apresenta qualquer relevância jurídica, constatação realizada há quase mil anos na célebre decretal do Papa Alexandre III, de 1160, Livro II, Tít. I, "de Judiciis", Cap. VI, ao dispensar a parte de exprimir no libelo o nome da ação, bastando a proposição clara do fato motivador do direito de agir: 'Nomen actionis in libello exprimere exprimere pars non cogitur; debet tamen factum ita clare proponere, ut ex eo jus agendi colligatur'. Se a parte forneceu o fato jurídico consubstanciador da causa petendi e formulou o pedido de segurança, o enquadramento jurídico constitui tarefa exclusiva do órgão judicial: iura novit curia." ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 23; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública em Matéria Ambiental*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 58 e ss.

7.2. O mandado de segurança coletivo como instrumento processual para a tutela de direitos difusos

Questão das mais tormentosas, na aplicação do princípio da atipicidade da tutela coletiva, é a de saber se é possível tutelar direito difuso por meio do mandado de segurança.

A CF/1988 conferiu ao mandado de segurança o *status* de direito fundamental individual e coletivo. Prescreve que o mandado de segurança será concedido a "direito líquido e certo não amparável por *habeas data* ou *habeas corpus*". Qualquer direito, portanto, pode ser tutelado por mandado de segurança, desde que seus fundamentos fáticos possam ser comprovados documentalmente.

A Constituição reconhece expressamente a existência dos direitos e deveres individuais e coletivos como direitos e garantias fundamentais, sendo que o *writ* do mandado de segurança está previsto exatamente neste capítulo. Ter um direito sem ter uma ação adequada para defendê-lo significa não poder exercê-lo, o que fere de morte a promessa constitucional e a força normativa da Constituição que dela decorre. Seria o equivalente a tornar *flatus vocis*, bocas sem dentes, as garantias constitucionais.

O processo de mandado de segurança tem rito célere e tradição constitucional longa, que remete a formação da República no Brasil, sendo resultado histórico da antiga luta de Rui Barbosa para assegurar a tutela dos direitos civis por meio de remédio processual de matriz constitucional, o mandado de segurança.

Qualquer restrição ao mandado de segurança deve ser compreendida como restrição a um direito fundamental e, como tal, deve ser justificada constitucionalmente.

O parágrafo único do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 restringe, porém, o objeto do mandado de segurança coletivo aos direitos coletivos em sentido estrito e aos direitos individuais homogêneos.³³

A regra é flagrantemente inconstitucional.

Trata-se de violação do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF/88), que garante que nenhuma afirmação de lesão ou de ameaça de lesão a *direito* será afastada da apreciação do Poder Judiciário. Esse princípio garante

33. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

o direito ao processo jurisdicional, que deve ser adequado, efetivo, leal e com duração razoável. O direito ao processo adequado pressupõe o direito a um procedimento adequado, o que nos remete ao mandado de segurança, direito fundamental para a tutela de *qualquer situação jurídica* lesada ou ameaçada, que garante o direito. Afasta-se, então, a possibilidade de o direito difuso ser tutelado por mandado de segurança, um excelente instrumento processual para a proteção de direitos ameaçados ou lesados por atos de poder.

Além disso, o texto normativo está em descompasso com a evolução da tutela coletiva no direito brasileiro, especialmente o mandado de segurança coletivo. Muito se discutiu nos primeiros anos de aplicação se o mandado de segurança coletivo deveria tutelar apenas direitos coletivos (interpretação literal), direitos individuais homogêneos (direitos acidentalmente coletivos) ou também direitos difusos. A tese vencedora na doutrina³⁴ e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi a que garantiu a maior amplitude da tutela, alcançando todos os direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). Nesse sentido: "...expresso meu entendimento no sentido de que o mandado de segurança coletivo protege tanto os interesses coletivos e difusos, quanto os direitos subjetivos." (RE 181.438-1/SP, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, RT 734/229).³⁵

Também neste sentido, o voto da Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE n. 196.184, j. em 27.10.2004: "À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso do mandado de segurança coletivo em hipóteses concretas em que estejam em risco, por exemplo, o patrimônio histórico, cultural ou ambiental de determinada comunidade. Assim, se o partido político entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes." (RE 196.184, transcrições, Bol. Inf. do STF nº. 372).

Interessante Uma interpretação literal do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 implicaria grave retrocesso social, com prejuízo a tutela constitucionalmente adequada (art. 5º, XXXV c/c art. 83 do CDC - princípio da atipicidade das ações coletivas). Cabe ao aplicador dar a interpretação conforme do texto normativo, para adequá-la ao microsistema da tutela coletiva e à Constituição Federal.

34. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 2006, p. 139.

35. Cf., ainda, REsp 700.206/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 19/03/2010.

8. PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DE ASPECTOS INQUISITORIAIS NO PROCESSO COLETIVO

O processo coletivo é estruturado de modo a predominarem os aspectos de um modelo inquisitivo de processo.

Não há em realidade um princípio do "ativismo judicial".

Existe sim um certo desequilíbrio, tanto em aspectos materiais como em aspectos processuais, em prol dos processos coletivos.

Seja em função dos sujeitos tutelados (grupos), seja em função das situações litigiosas (direitos coletivos), permite-se uma conduta mais incisiva, participativa, dirigente e decisiva do juiz em matéria processual coletiva do que nos processos individuais.

Essa nova calibração da divisão das tarefas no processo coletivo decorre das previsões legislativas e constitucionais e dá-se em conformidade com o princípio da adequação, corolário do devido processo legal.

Uma metáfora matemática pode ajudar a compreender o equilíbrio dinâmico entre os princípios inquisitivo e dispositivo no processo coletivo: a função racional.

O processo coletivo é tendencialmente inquisitivo quando analisado a partir de uma função que explique a atividade do juiz como controlada pelo direito material e pelo direito processual envolvidos na espécie em discussão. Assim, quanto maior a participação efetiva das partes, tanto menor a inquisitividade (função decrescente); tanto maior a vulnerabilidade, tanto maior a inquisitividade (função crescente). Trata-se de uma função racional tendente a zero sem jamais chegar a zero, sem jamais eliminar um grau mínimo de dispositividade ou de inquisitividade.

Adotam-se, assim, critérios *ceteris paribus*, mantidas as demais variáveis, que permitam dizer que, do ponto de vista do direito material, será possível uma maior intervenção do Poder Judiciário: a) em relação à titularidade do direito discutido: se o titular do direito discutido for vulnerável; b) em relação à natureza da situação jurídica discutida: a participação será menor nos casos de pretensão de natureza patrimonial, e maior em relação aos direitos-dever (competência ou função) ou direitos de natureza não patrimonial; c) em relação aos graus de disponibilidade do direito discutido (indisponível, disponível e negociável): para processos que discutam direitos disponíveis, a participação do juiz deve ser a menor possível; d) em relação à complexidade do litígio: para litígios mais complexos (difusão irradiada), a participação do juiz é mais necessária; para litígios que

envolvem um interesse de apenas um grupo (difusão local: moradores de uma rua, alunos de uma escola etc.), em razão da maior homogeneidade dos interesses envolvidos a participação do juiz tende a ser menor.

Assim, os alimentos são irrenunciáveis, mas transigíveis; os direitos difusos são irrenunciáveis, mas transigíveis, da mesma forma os direitos da criança e do adolescente, do estatuto da pessoa com deficiência, os direitos coletivos em geral, permitindo ao juiz poderes inquisitivos de maior amplitude, inclusive para controlar a eventual renúncia implícita na transação. O dever-poder também acaba influenciando no ativismo do juiz, toda a vez que se tratar de atividade devida pela parte ré no exercício de um poder que lhe é outorgado em benefício de outrem (poder familiar em benefício dos filhos; poder da administração pública em benefício dos administrados e do interesse público primário) a intervenção do juiz para determinar o exercício destas funções é não só admitida como desejável pelo ordenamento jurídico.

Quanto aos aspectos processuais, podem ser mencionadas algumas diretrizes para a calibração da participação do juiz: a) a existência de *legitimação extraordinária*, considerando-se a dificuldade de participação do grupo, permite uma maior amplitude do controle da adequada representação em concreto pelo juiz, a designação de audiências públicas e a admissão de intervenções de *amicus curiae* (art. 138, CPC, observe-se que o artigo determina o controle da adequada representação do interveniente, pois o juiz somente poderá admitir a intervenção de entidade ou pessoa com "representatividade adequada"), bem como, nos casos de legitimação concorrente a sucessão processual como forma de suprir a ilegitimidade, evitando a extinção do processo; b) a *negociação processual* (art. 190 do CPC e Res. CNMP nº 118), cujo controle jurisdicional ocorrerá somente nos casos de nulidade, simulação, fraude à lei, inserção abusiva de convenção processual em contrato de adesão ou quando o sujeito estiver em manifesta situação de vulnerabilidade. Assim, como em tese a negociação processual será cabível nos processos coletivos, tanto maior a possibilidade de negociação processual, tanto menor será o poder de inquisitividade.

O art. 7º do CPC, ao garantir a paridade de armas, estabelece como dever do juiz de zelar pelo efetivo contraditório. Essa regra, que já é muito relevante no processo individual, no processo coletivo ganha contornos ainda mais importantes, em razão da circunstância de o titular do direito discutido (o grupo) não estar participando do processo. Essa norma fundamenta, também, o controle jurisdicional da atuação do legitimado extraordinário coletivo – examinado no capítulo específico desse volume do Curso.

É preciso, portanto, construir um modelo de processo coletivo que calibre a participação do juiz tendo em vista as variáveis apontadas³⁶.

Não se pode considerar adequado um processo coletivo com regras únicas quanto à distribuição das funções entre partes e juiz, como se uma ação coletiva para resolver problemas relativos ao rompimento de uma barragem pudesse ter o mesmo regramento de uma ação coletiva relacionada à discussão de questões atinentes a alunos de uma determinada escola.

Nem sempre um processo coletivo tem alta dose de inquisitorialidade, como sempre se disse, inclusive nas edições anteriores desse Curso.

Há uma preocupação com a volta do pêndulo, entre a exigência de liberdade para as partes e a imposição de poderes quase ilimitados para o juiz. A função entre dispositividade e inquisitividade do processo não pode jamais tocar o zero em nenhum dos eixos variáveis. Trata-se de uma proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Não existirão processos com grau zero de dispositividade ou de inquisitividade. Não há processo sem nenhuma dispositividade, nem há processo sem nenhuma inquisitividade.

O processo coletivo, como tendência, reforça a inquisitividade em razão do a) direito material envolvido; b) da legitimação por substituição processual; c) do menor espaço para a negociação processual e disponibilidade do direito material.

Assim, em razão dos compromissos com o interesse público primário que orientam o processo coletivo brasileiro, há uma série de modificações nas garantias processuais para favorecer a tutela de mérito das situações jurídicas coletivas.

São exemplos dessa calibração diferente dos poderes judiciais no processo coletivo:

a) art. 7 da Lei n. 7.347/1985: "Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão as peças ao Ministério Público para as providências cabíveis." E, atualmente, como vimos, no art. 139, X do CPC.

b) *fluid recovery*: o magistrado deverá definir o valor da indenização residual, em razão da lesão a direitos individuais homogêneos (art.

36. A doutrina destaca que, em razão do relevante interesse público presente nas demandas coletivas, o juiz deve assumir uma postura mais ativa em relação aos litígios coletivos do que a assumida em relação aos processos individuais, cf., OLIVEIRA, Swarat Cervone de. *Poderes do Juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 48-53.

100 do CDC, examinado no capítulo sobre a execução e liquidação coletivas)³⁷.

- c) controle judicial de políticas públicas: as ações coletivas têm servido para que o Poder Judiciário controle políticas públicas. Os exemplos recentes estão se multiplicando, existindo precedentes, já dos tribunais superiores, confirmando decisões que ordenam a execução de atividades essenciais pelo administrador³⁸, a obrigatoriedade do fornecimento de creches³⁹, a reforma de presídios, de hospitais etc.⁴⁰ Em verdade, é bom frisar, as decisões têm salientado não ser permitida ao Judiciário a criação ou sindicabilidade de *meras diretrizes em políticas públicas*, deixadas à conveniência e oportunidade do executivo e do legislador, mas, quando existe um direito assegurado na Constituição e na lei infraconstitucional, que regulamente o campo de escolha do administrador, este está de tal forma reduzido que a sindicabilidade pelo Judiciário é decorrência natural do dever de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.
- d) o controle da condução do processo pelo legitimado extraordinário, conforme será examinado no capítulo sobre legitimação coletiva.

9. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO DO PROCESSO COLETIVO EM RELAÇÃO À DECISÃO DE MÉRITO DO PROCESSO INDIVIDUAL

No Direito brasileiro, pendentes processos coletivo e individual que digam respeito a uma mesma situação, prioriza-se a solução do processo coletivo.

37. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor anotado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., p. 895.

38. Por exemplo, a coleta de lixo: "Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. "A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente." Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE." 11. Recurso especial provido. (STJ, 1ª T., REsp n. 575.998/MG, Rel. Ministro Luit Fux, j. em 07.10.2004, publicado no DJ de 16.11.2004, p. 191)".

39. Cf. Boletim Informativo do STF nº 410 (RE-436996).

40. Sobre o controle dos repasses constitucionais do orçamento da saúde por ação civil pública, cf. Boletim Informativo do STF nº 419 (RE-190938).

Esse princípio revela-se com alguma clareza após a análise do sistema jurídico brasileiro. -

- a) A instauração de julgamento de casos repetitivos, espécie de processo coletivo, suspende a tramitação dos processos em que se discuta a questão repetitiva (art. 1.036, §1º, e art. 982, I, CPC).
- b) No REsp. n. 1.110.549-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 28.10.2009, decidiu-se que "ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva".⁴¹
- c) Permite-se a concessão de tutela provisória, em processo de controle concentrado de constitucionalidade, para suspender os processos em que se discuta o ato normativo questionado (art. 21 da Lei nº 9.868/1999)⁴².
- d) Conforme visto no capítulo sobre situações jurídicas coletivas, pendente ação coletiva em tribunal, deve ser ela a escolhida como caso-piloto do julgamento de casos repetitivos.

Evidentemente, a prioridade da solução de mérito coletiva não pode inviabilizar a tutela individual. Para tanto, há três compensações sistêmicas: há que se estabelecer um prazo para a suspensão dos processos individuais, sempre será possível a obtenção de tutela provisória de urgência, a despeito da suspensão, e, por fim, na fase de execução incide a regra do art. 99, CDC.

41. No mesmo sentido, STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl no AREspn. 210.833/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 24.09.2013, publicado no DJe de 02.10.2013; STJ, 2ª T., AgRg nos EDcl no AREspn. 206.694/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, j. em 19.09.2013, publicado no DJe de 27.09.2013; STJ, 1ª Seção, REsp n. 1.353.801-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 14.8.2013, publicado no Informativo 527.

42. "O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta dos seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento".

CAPÍTULO 4

Competência

Sumário • 1. Princípio da competência adequada – 2. Competência territorial: 2.1. Distinção entre competência funcional e competência territorial absoluta; 2.2. A competência para a ação civil pública como hipótese de competência territorial absoluta; 2.3. A competência para a ação civil pública e a regra de delegação de competência federal ao juiz estadual (Art. 109, § 3º, CF/88); 2.4. Competência quando o dano ou o ilícito for nacional; 2.5. Competência quando o dano ou o ilícito for regional; 2.6. Competência quando o dano ou o ilícito for estadual – 3. Competência para a ação de improbidade administrativa: 3.1. A inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002 (Prerrogativa de função); 3.2. Competência para Julgamento dos Agentes Políticos (Crime de Responsabilidade e *Bis in Idem*); 3.3. Limitação da decisão do juiz de primeiro grau nas ações de improbidade: impossibilidade – 4. Outras hipóteses de competência da Justiça Federal para processar e julgar ação coletiva – 5. Competência do STF para as ações coletivas que envolvam conflitos entre estados ou entre esses e a União (Art. 102, I, “f”, CF/88) – 6. Casos extraordinários de competência originária do STF para julgar a ação popular – 7. Competência para julgamento de ação civil pública sobre poluição visual por propaganda política: Justiça Eleitoral ou Justiça Comum? – 8. Competência internacional? Litígios transnacionais, transfronteiriços e cooperação internacional em ações coletivas.

1. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA ADEQUADA

Conforme visto no capítulo sobre as normas fundamentais do processo coletivo, um dos aspectos mais importantes do *devido processo legal coletivo* é, exatamente, a competência adequada.

A competência é um dos elementos básicos do devido processo. Como a ação coletiva atinge direitos que pertencem a coletividades, muitas delas compostas por pessoas que não possuem qualquer vínculo entre si, além de estarem espalhadas por todo o território nacional, é preciso ter muito cuidado na identificação das regras de competência, principalmente a competência territorial.

A análise das regras existentes no Direito brasileiro tem de passar pelo *filtro* do princípio da competência adequada (corolário dos princípios do devido processo legal e da adequação). Não é possível aplicar as regras legais de competência sem fazer o juízo de ponderação a partir do exame das peculiaridades do caso concreto. A natureza da tutela jurisdicional coletiva exige uma interpretação mais flexível das regras de competência.¹

1. Defendendo esta mesma ordem de ideias no direito norte americano DODSON, Scott. A revolution in jurisdiction. In: DODSON, Scott. The Legacy of Ruth Bader Ginsburg. Cambridge, 2015. A proposta de Scott Dodson (DODSON, Scott. A revolution in jurisdiction. In: DODSON, Scott. The Legacy of Ruth

A tarefa não é simples, principalmente tendo em vista os princípios da tipicidade e da indisponibilidade da competência, que estruturam o sistema de distribuição das competências no direito brasileiro (sobre o tema, cf. o v. 1 deste *Curso*). A solução da questão passará, sobretudo, não pela superação desses importantíssimos princípios, mas, sim, pela necessidade de dar uma correta interpretação às regras de competência.

É isso que se tentará demonstrar a seguir.

2. COMPETÊNCIA TERRITORIAL

2.1. Distinção entre competência funcional e competência territorial absoluta

O legislador brasileiro e parte da doutrina nacional adotam, em alguns momentos, a concepção chiovendiana, segundo a qual também se visualiza a competência funcional quando uma causa é confiada ao juiz de determinado território, pelo fato de ser a ele mais fácil ou mais eficaz exercer a sua função.² Cria-se, então, uma competência territorial funcional (art. 47 do

Bader Ginsburg. Cambridge, 2015) para revolucionar a análise da competência jurisdicional (*jurisdiction*) a partir das decisões de Ruth Ginsburg como juíza e *Justice* da Suprema Corte foi descrita em três passos: a) questões de competência devem ser analisadas de forma restrita (*jurisdictionality*), não incluindo outras matérias que digam respeito a admissibilidade do pedido, como por exemplo as questões referentes ao prazo processual, "Courts, including this Court, it is true, have been less than meticulous in this regard; they have more than occasionally used the term 'jurisdictional' to describe emphatic time prescriptions in rules of court (...) Clarity would be facilitated if courts and litigants used the label 'jurisdictional' not for claim-processing rules, but only for prescriptions delineating the classes of cases (subject-matter jurisdiction) and the persons (personal jurisdiction) falling within a court's adjudicatory authority" (Kontrick, 540, U.S. at 454/455). Dodson sugere que nesta matéria, contudo, é necessária uma abordagem que se pergunte sobre quais os efeitos da decisão ("Focusing on effects – in addition to producing narrower and more relevant decisions – might also spur profitable thought on those effects", *idem, ibidem*); b) sequenciamento invertido (*resequencing*), é possível verificar as questões de admissibilidade antes de verificar a competência, se o juízo de não mérito já puder ser estabelecido não há porque enfrentar a questão de competência, competência não é uma matéria isolada, diz respeito à admissibilidade da ação e deve ser preferida a abordagem legal à abordagem constitucional. O exemplo dado diz respeito ao *forum non conveniens* nas causas internacionais, se é possível aferir que a jurisdição não é adequada em razão de matérias relativas ao direito de ampla defesa, economia processual e garantias processuais não há porque enfrentar antes a questão da fixação de competência (*Sinochem International Co. v. Malaysia International Shipping Co.*); c) correção ou sanabilidade das questões de competência (*curing*), defeitos de competência poder ser sanados (curados) e mesmo as alegações anteriores de incompetência a partir da ausência de uma parte que qualifique o juízo como competente poderão ser superadas por considerações de ordem prática e pragmática com o ingresso da parte que atrai a competência posteriormente na demanda (*Caterpillar Inc. v. Lewis*, em um caso subsequente a Corte não aplicou a mesma solução, *Grupo Dataflux v. Atlas Global Group LP.*, mas isto não infirma o precedente, apenas cria uma exceção).

2. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale, acompanhado de notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943, v. 2, p. 259. Também assim LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Dinamarco. 2ª ed. Rio

CPC; art. 2º, Lei nº 7.347/1985; art. 4º, Lei nº 6.969/1981; art. 80, Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003).

A justificação apresentada para a criação dessa categoria especial (híbrida) de critério de distribuição de competência prova demais: existe alguma regra de competência criada com a consciência de que o magistrado não exercerá da melhor maneira possível as suas funções? Por acaso podemos dizer que, quando se estabeleceu o foro do domicílio do réu como o genericamente competente (art. 46 do CPC), não objetivava o legislador que neste foro pudesse o magistrado exercer melhor as suas funções?

O caso é de competência territorial, cujo desrespeito implica incompetência absoluta (excepcional, é verdade, à luz do art. 63 do CPC), semelhante ao regime do foro da situação da coisa, para as ações reais imobiliárias previstas na parte final do art. 47 do CPC. O tema foi examinado longamente no v. 1 deste Curso.

2.2. A competência para a ação civil pública como hipótese de competência territorial absoluta

Prevê o art. 2º da Lei nº 7.347/1985 que será competente para a ação civil pública o foro do local do dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Essa regra foi seguida para outras ações coletivas: Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, art. 209; Código de Defesa do Consumidor, art. 93; Estatuto do Idoso, art. 80.

A doutrina mais recente já vem percebendo o equívoco de qualificar a competência territorial na ação coletiva como competência funcional. Tem-se preferido designá-la como competência territorial absoluta.³ Também nesse sentido, mais bem redigido, o art. 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar e julgar a causa..." Recentemente, também dessa forma, o art. 80 da Lei Federal 10.741, o Estatuto do Idoso: "As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa,

de Janeiro: Forense, 1986, p. 65; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1.525.

3. RODRIGUES, Marcelo Abella. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 120-121; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Interesses difusos e coletivos". *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1993, nº 3, p. 193; MENDES, Aluisio Gonçalves. *Competência cível da justiça federal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 19; VINCENZI, Brunela Vieira de. "Competência funcional - distorções". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, nº 105, p. 277-278.

ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores".

É preciso destacar a redação do art. 209 do ECA, que, em vez de falar em "local do dano", opta pela locução "local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão". Assim, prevê-se a competência para ações preventivas e de remoção do ilícito, que não pressupõem o dano, como as ações inibitórias (art. 497, parágrafo único). Essa regra deve ser aplicada a todo o microssistema da tutela jurisdicional coletiva.

Além disso, se o dano ocorrer em mais de uma localidade, qualquer delas é competente, aplicando-se as regras de prevenção, pois há foros concorrentes.

Embora a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/1965, art. 5º), somente cuide da competência em razão do juízo, reputa-se aplicável a essa demanda a regra de competência territorial absoluta do foro do local do dano, exatamente em razão da premissa, defendida neste curso, de que existe um microssistema de tutela jurídica coletiva.

Do texto, surge a seguinte conclusão: competência territorial para a ação civil pública é absoluta. A lei qualifica a competência do foro do local do dano como *funcional*, exatamente para que não paira dúvida sobre a natureza de ordem pública dessa regra.

Nesse sentido remetemos a leitura de Item abaixo. Ali tratamos da matéria da competência na ação de improbidade administrativa, escandindo a competência funcional, sempre absoluta, em *funcional-órgão* e *funcional-territorial*. A primeira caracteriza-se por identificar-se com as fontes originárias alemãs e contar com os seguintes elementos internos: "entra em jogo depois da propositura, no curso do processo, à medida que neste se exercitem atribuições diferentes, as quais podem ser conferidas a órgãos também diferentes".⁴ Ou seja, critério de repartição de funções, por órgãos diversos, em um mesmo processo. A segunda advém de equivocada doutrina de Chiovenda, seguida por Liebman e infelizmente pelo legislador ordinário pátrio. Criou-se, pelo desvio chiovendiano, um terceiro gênero criticado fortemente por Barbosa Moreira em excelente ensaio, no qual, como de regra, põe fim a questão e propugna o abandono do caráter funcional da competência territorial, preferindo identificá-la, mais tecnicamente, como competência absoluta determinada em lei, sem uso do adjetivo "funcional" para lhe conferir esta estabilidade. Portanto, competência *territorial-absoluta*.

4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A expressão 'competência funcional' no art. 2º da lei da ação civil pública". In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 247-255.

2.3. A competência para a ação civil pública e a regra de delegação de competência federal ao juiz estadual (art. 109, § 3º, CF/88)

Discutiu-se se a regra do art. 2º da Lei de Ação Civil Pública seria espécie daquelas que autorizam a Justiça Estadual a processar e julgar causas da Justiça Federal, na forma do art. 109, § 3º, Constituição Federal de 1988 (nas comarcas onde não houver sede da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Regional Federal).

Atualmente, prevalece o entendimento de que não há essa autorização. Já prevaleceu, porém, pensamento contrário, tendo sido inclusive objeto de enunciado da súmula da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça.

Examinemos a antiga posição do STJ e a posição assumida pelo STF sobre a questão.

A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou, em 12.03.1997, o seguinte enunciado de sua súmula, que ganhou o número 183: "Compete ao Juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo."⁵

Conforme se constata facilmente, adotou a Seção o entendimento de que a Lei da Ação Civil Pública, ao impor a competência absoluta do foro do local do dano, atribuía competência da Justiça Federal à Justiça Estadual, na forma autorizada pelo § 3º do art. 109 da CF/88, já examinado (ver, com mais profundidade, o v. 1 deste curso, no capítulo sobre competência). Seguiam os ministros, assim, o entendimento de significativa parcela da doutrina⁶.

Em razão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 228.955-9, proferido pelo Plenário do STF, a Seção do STJ cancelou a mencionada súmula no julgamento dos embargos declaratórios interpostos no CC 27.676-BA, rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 27.11.2000, p. 195.

Eis o extrato da decisão do STF, no RE 228.955-9 - RS, rel. Min. Ilmar Galvão, publicado em 10.02.2000:

"O dispositivo contido na parte final do § 3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir

5. São precedentes deste enunciado: CC nº 16.075-SP, j. 22.03.1996, DJ de 22.04.1996, p. 12508; CC nº 12.361-RS, j. 04.04.1995, DJ de 08.05.1995, p. 12.277; CC nº 2.230-RQ, j. 26.11.1991, DJ de 16.12.1991, p. 18.491.

6. NERY Jr., Nelson; e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 145; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 146.

competência (*rectius*: jurisdição) ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido artigo 109. No caso em tela, a permissão não foi utilizada pelo legislador que, ao revés, se limitou, no art. 2º da Lei nº 7.347/85, a estabelecer que as ações nele previstas *'serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa'*. Considerando que o juiz federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu.

Perceba, inclusive, que o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor expressamente ressalva a competência da Justiça Federal, o que é mais um indicativo de que, realmente, não houve essa delegação de competência. Assim, se a ação civil pública se encaixar em qualquer das hipóteses previstas no art. 109 da Constituição Federal, que estabelece a competência do juiz federal, deverá tramitar na Justiça Federal necessariamente, não lhe sendo aplicável a regra do § 3º do mesmo art. 109⁷.

Importante referir, nesse espaço, que a regra prevista no art. 225, § 4º, CF/88, que reputa a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira "patrimônios nacionais", não atrai a competência da Justiça Federal, pelo simples fato de a causa envolver um dano em um desses locais.

2.4. Competência quando o dano ou o ilícito for nacional

A lei de ação civil pública determina a competência para o foro do local do dano. Não cuida das situações em que o dano é nacional ou regional. A resposta para tais indagações deve ser buscada em outro diploma legislativo: o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Por força do já alegado microssistema da tutela coletiva, no qual o CDC representa o elemento harmonizador, devemos analisar a questão partindo da sua disciplina normativa. O dispositivo normativo que regula a situação é o art. 93 do CDC:

7. Assim, também, FREIRE Jr., Américo Bedê. "Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada". *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 72-73.

"Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente".

Inicialmente, duas foram as linhas de interpretação do dispositivo, nas hipóteses de dano de âmbito nacional: a) houve quem defendesse a existência de foros concorrentes: capital dos Estados-membros e o do Distrito Federal; b) houve quem afirmasse que, nessas hipóteses, a competência seria exclusiva do foro do Distrito Federal. Essa última concepção é a adotada por Ada Pellegrini Grinover, que fundamenta sua posição na necessidade de se "facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na Capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo".⁸

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, pacificou a controvérsia no julgamento do Conflito de Competência 26.842-DF, cujo acórdão foi publicado em 05 de agosto de 2002. Os foros das capitais dos Estados-membros e o do Distrito Federal possuem competência concorrente para processar e julgar ações coletivas cujo dano é de âmbito nacional. Ressalte-se, neste aresto, a exaustiva fundamentação, que abrangeu ambos os lados da controvérsia, com o belíssimo voto de divergência do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, que entendeu o foro do Distrito Federal como o único competente para a hipótese.

Essa regra de competência também vale para os casos de ação preventiva, em que se aponta a ocorrência de um possível ilícito de abrangência nacional.

É preciso, ainda, fazer um alerta.

Quando o dano é nacional, pode-se dizer que ele é também local. Ou seja: se um dano pode ocorrer em todo território nacional, é porque ele pode ocorrer em uma pequena comarca do interior do país.

Com base nesse raciocínio, alguns membros do Ministério Público têm proposto ações coletivas, em razão de danos ou ilícitos nacionais, para a proteção dos interesses da coletividade do local onde atuam. Esse entendimento não parece ser correto. A prevalecer essa ideia, a tutela

8. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 683.

coletiva fragmentar-se-ia em um sem-número de ações, além da ação a ser proposta na capital do Estado. Essa barafunda só atrapalharia a tutela coletiva adequada.

Competência adequada

Quando o dano for nacional, não é possível a fragmentação em diversas ações coletivas por danos locais. A existência de ações locais apenas se justificaria quando as consequências do fato danoso forem particulares àquela comunidade; por exemplo, não se pode negar a competência do juízo local para decidir sobre a distribuição de água, quando o abastecimento tenha cessado em decorrência de um acidente ambiental de maiores proporções, mesmo que ocorrido em um Estado vizinho. O juízo da capital do Estado, em razão da distância, não seria adequado para analisar este tipo de tutela. O dano, muito embora reflexo da conduta mais ampla, de âmbito regional, é particular daquela comunidade ribeirinha privada do acesso à água em face da poluição causada.

Nesse sentido vale destacar a decisão do STJ no CC n. 144.922/MG, referente ao caso do rompimento da barragem em Mariana/MG:

"PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AFORADAS NO JUÍZO ESTADUAL E NA JUSTIÇA FEDERAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM MARIANA/MG. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. DANOS SOCIOAMBIENTAIS. RIO DOCE. BEM PÚBLICO PERTENCENTE À UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SITUAÇÃO DE MULTICONFLITUOSIDADE. IMPACTOS REGIONAIS E NACIONAL. CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS OBJETO DO CONFLITO E OUTRAS QUE TRAMITAM NA 12ª VARA FEDERAL DE BELO HORIZONTE/MG. PREVENÇÃO. APLICAÇÃO DA REGRA ESTABELECIDA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. [...] 17. Dessas circunstâncias, observa-se que a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais possui melhores condições de dirimir as controvérsias aqui postas, decorrentes do acidente ambiental de Mariana, pois além de ser a Capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já tem sob sua análise processos outros, visando não só a reparação ambiental stricto sensu, mas também a distribuição de água à população dos Municípios atingidos, entre outras providências, o que lhe propiciará, diante de uma visão macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de mais efetividade, que não corram o risco de ser neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos. **EXCEÇÕES À REGRA GERAL.** 18. Há que se ressaltar, no entanto, as situações que envolvam aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia (tais como o ressarcimento patrimonial e moral de vítimas e familiares, combate

a abuso de preços etc) ou mesmo abastecimento de água potável que exija soluções peculiares ou locais, as quais poderão ser objeto de ações individuais ou coletivas, intentadas cada qual no foro de residência dos autores ou do dano. Nesses casos, devem ser levadas em conta as circunstâncias particulares e individualizadas, decorrentes do acidente ambiental, sempre com base na garantia de acesso facilitado ao Poder Judiciário e da tutela mais ampla e irrestrita possível. Em tais situações, o foro de Belo Horizonte não deverá prevalecer, pois significaria óbice à facilitação do acesso à justiça, marco fundante do microsistema da ação civil pública. 19. Saliento que em outras ocasiões esta Corte de Justiça, valendo-se do microsistema do processo coletivo, aplicou a regra específica de prevenção estabelecida na Lei de Ação Civil Pública para definir o foro em que deveriam ser julgadas as ações coletivas. Precedentes. DISPOSITIVO. 20. Conflito de competência a que se julga procedente para ratificar a liminar proferida pela Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência, e determinar a competência definitiva do juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte, para apreciar e julgar a causa, determinando a remessa da Ação Cautelar n. 0395595-67.2015.8.13.0105 e da Ação Civil Pública n. 0426085-72.2015, ambas em tramitação no juízo de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares/MG, e da Ação Civil Pública n. 9362-43.2015.4.01.3813, em curso no juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Governador Valadares/MG, ficando a critério do juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais a convalidação dos atos até então praticados". (STJ, CC 144.922/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Diva Malerbi, DJ 22/06/2016, DJe 09/08/2016).

Demais disso, é preciso ponderar se, realmente, qualquer capital pode julgar qualquer ação coletiva que discuta a ocorrência de dano ou ilícito nacional. É necessário aplicar o princípio da competência adequada. Será que uma ação coletiva por dano nacional, envolvendo a Caixa Econômica Federal, poderia ser ajuizada em uma capital que tivesse representação ínfima no quadro total das possíveis vítimas? Seria essa capital a mais adequada para processar e julgar essa ação coletiva? Parece-nos que não. A regra de que qualquer capital é competente para as ações que envolvam danos ou ilícitos nacionais é apenas um ponto de partida. É preciso controlar a competência adequada, e isso somente pode ser feito in concreto, após análise das circunstâncias do caso.

Note, contudo, que a regra da competência adequada deve ser aplicada em conjunto com o princípio da prevalência do julgamento do mérito, ou seja, não deverão ser extintos os processos por incompetência do juízo, sendo que, mesmo nos casos em que houver litispendência, a extinção é a última solução adequada, devendo ser privilegiada a reunião dos processos em um único juízo.

Perceba, ainda, que o princípio do promotor natural pode ser utilizado para justificar o ajuizamento da ação em um local especialmente prejudicado pelo ilícito e diverso do foro preventivo⁹, trata-se, no caso, da outra face do princípio da competência adequada, pois não se devem reunir processos onde não se obtenham as vantagens do julgamento mais célere, econômico e justo do ponto de vista do acesso à justiça, da instrução e da defesa.

2.5. Competência quando o dano ou o ilícito for regional

O problema da competência quando o dano ou o ilícito for regional é ainda mais complicado. O CDC, como visto, prevê que qualquer capital é competente para a ação coletiva.

Não há uma definição do que seja *dano regional*. Pode-se compreender como dano regional aquele que abarca uma das regiões do país (Norte, Centro-oeste, Nordeste, Sudeste e Sul); ou ainda um dano que atinja um número mínimo de comarcas. A questão é complicada.

Veja o caso de um dano que ocorra na Região da Estrada Real, que envolve a Bahia e Minas. Seria um dano nacional? Pode-se argumentar que sim, pois se trata de um importante registro da história brasileira. Seria um dano regional? Também se pode argumentar que sim, pois atinge pedaço significativo do território nacional, envolvendo cidades em dois Estados. Qual seria, então, o foro competente para processar e julgar uma ação coletiva que tivesse por objeto o tombamento de imóveis nessa região? Se se entendesse como dano nacional, qualquer capital do país? Amapá? Porto Velho? Se se entendesse como dano regional, qualquer capital dos Estados envolvidos? Belo Horizonte? Salvador? Ora, não nos parece que a melhor solução seja essa. Muito mais adequada é a competência de um dos juízos das comarcas envolvidas. Os juízos das capitais ficam muito distantes das localidades, teriam dificuldade na produção de provas (inspeção judicial, por exemplo), além de não estarem vinculados à história dos locais a serem tombados.

Outro exemplo. Um problema que ocorra em Juazeiro e Petrolina certamente atingirá as outras cidades da região. Será considerado um dano regional? Se sim, Recife ou Salvador seriam os foros competentes? O que essas cidades têm a ver com os problemas daquela região? Por que não um

9. O problema da concentração da competência em um foro preventivo, especialmente no foro do Distrito Federal, e seus reflexos no princípio do promotor natural foi amplamente criticado na doutrina, cf., por todos, VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 294-297.

dos juízos das comarcas envolvidas ser considerado o juízo competente? Parece-nos que a solução é a mais adequada.

Não adianta querer estabelecer, *a priori*, um número de comarcas envolvidas a partir do qual o dano seria considerado regional, com a atribuição da competência para a capital. No art. 22 do CBPC-IBDP, propõe-se que quando o dano atingir quatro ou mais comarcas ou subseções judiciárias, a competência seria da capital. A regra não parece sobreviver ao primeiro teste de adequação. Imagine um dano que ocorra na região de Ribeirão Preto, São Paulo. Certamente, atingirá inúmeras cidades do seu entorno. O mesmo ocorreria se o dano ocorresse em Campinas. Muito mais do que quatro comarcas seriam atingidas. Em ambos os casos, a cidade de São Paulo seria a competente, mesmo que lá não tenha ocorrido qualquer tipo de dano? Não parece adequada essa solução.

Mais uma vez aparece a importância de aplicar-se o princípio da competência adequada, devendo prestigiar-se ao máximo o juízo de uma das comarcas envolvidas na situação.

A regra geral para a definição da competência, muito embora não seja absoluta, prevê sempre o local do dano ou ilícito como juízos preponderantes. Isso porque a definição do juízo tem direta relação com a instrução probatória, com a proximidade do juiz dos fatos ocorridos, com a publicidade da ação e a possibilidade de participação das partes, adequada notificação e conhecimento do grupo afetado etc.; a competência do local do dano/ilícito contribui, portanto, para a correção material da decisão. Neste sentido decidiu o TRF-2:

"Por outro lado, não pode ser acolhido o argumento da recorrente, de que o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor ensejaria a remessa do feito para a Capital Fluminense. Isto porque, conforme dispõe o artigo 2º da Lei nº 7.347/85, lei que rege a ação civil pública, *"as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa"*. Ora, os pedidos formulados na inicial (fls. 117/125), bem como a causa de pedir apresentada, referem-se a trechos da rodovia BR-101, localizados dentro do Município de Campos dos Goytacazes. Além do mais, conforme o princípio da competência adequada, quando o dano for de âmbito regional ou nacional, para fins de fixação de competência, *deve ser levada em consideração a facilitação da produção da prova e da defesa do réu, a publicidade da ação coletiva e a facilitação da adequada notificação e conhecimento pelo grupo*. Assim, deve a competência ser estabelecida com base no juízo mais adequado. E nesta linha, pode-se afirmar que a competência territorial absoluta, ou funcional, justifica-se também pela proximidade do

juiz em relação aos fatos, supondo a lei que ele possua melhores condições de compor adequadamente o conflito de interesses [...] Assim, o Juízo Federal da Capital do Rio de Janeiro, além de não possuir competência territorial consoante a divisão estrutural do Poder Judiciário, encontra-se afastado do local do dano, não tendo qualquer contato com a sociedade afetada ou com os fatos considerados lesivos aos direitos coletivos." TRF-2, AG 240840, Des. Federal Carmen Silva Lima de Arruda, 6ª Turma Especializada. E-DJF2R, 04.09.2014.

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. DANOS DE ÂMBITO REGIONAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ARTIGO 93, II, DO CDC EM HARMONIA COM O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA ADEQUADA. LOCAL DO DANO. PROXIMIDADE. EFETIVA E ADEQUADA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL. 1 - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro em face do Juízo da 1ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes, em ação civil pública, cuja celeuma gira em torno de qual Juízo seria o competente para processar e julgar o feito tendo em vista o local do dano ambiental. 2 - O pedido formulado na exordial é a declaração de nulidade do licenciamento ambiental do empreendimento Terminal Portuário - Distrito do Açú, concedido pelo INEA, pretendendo que este seja dado pelo IBAMA, bem como o ressarcimento pelos danos ao causados pela construção do referido Terminal. 3 - Já há, com relação à região de Minas Gerais, ação civil pública discutindo a questão do licenciamento do Mine-reoduto Minas-Rio junto àquela Seção Judiciária respectiva. Além do mais, na ação civil pública originária do presente conflito, não fora aduzida causa de pedir ou formulado qualquer pedido que incluisse eventuais danos causados por este empreendimento. 4 - Ainda que a implementação do empreendimento em tela possa causar também algum dano à área costeira do Estado do Espírito Santo, o dano em si concentra-se em área sob a jurisdição da Subseção Judiciária de Campos dos Goytacazes, sendo certo que, caso haja repercussão sobre a região capixaba, esta será residual. 5 - Tentar identificar o Juízo competente do local do dano- não significa que o dito local seja onde o dano tenha ocorrido ou vá ocorrer, mesmo porque, tratando-se de dano ao meio ambiente, é regra que os prejuízos alcançam sempre mais de uma área distinta. 6 - O que vale é tentar identificar o Juízo competente pelo local onde ele, o Juízo, possa, de forma mais eficaz, efetivar a tutela jurisdicional. 7 - Em consonância com o disposto no artigo 93, inciso II, do CDC, encontra-se o Princípio da Competência Adequada, aplicável ao caso, ou seja, quando o dano for de âmbito regional ou nacional, levando-se em consideração a facilitação da produção da prova e da defesa do réu, a publicidade da ação coletiva e a facilitação da adequada notificação e conhecimento pelo grupo, deve a competência ser estabelecida com base em no

Juízo mais adequado. 8 - A competência territorial absoluta, ou funcional, justifica-se também pela proximidade do Juiz em relação aos fatos, supondo a lei que ele possua melhores condições de compor adequadamente o conflito de interesses. 9 - Conflito de competência conhecido, declarando-se competente o Juízo suscitado." TRF-2, CC 11965, Des. Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, E-DJF2R, 30.07.2012, p. 263/264.

O STJ decidiu no mesmo sentido, a partir do princípio da efetividade do direito ambiental:

"AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONTRA A UNIÃO E AUTARQUIAS FEDERAIS, OBJETIVANDO IMPEDIR DEGRADAÇÃO AMBIENTAL NA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO PARAÍBA DO SUL. EVENTUAIS DANOS AMBIENTAIS QUE ATINGEM MAIS DE UM ESTADO-MEMBRO. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LOCAL DO DANO. 1. Conflito de competência suscitado em ação civil pública, pelo Juízo federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, no qual se discute a competência para o processamento e julgamento dessa ação, que visa obstar degradação ambiental na Bacia do Rio Paraíba do Sul, que banha mais de um Estado da Federação. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem o pacífico entendimento de que o art. 93, II, da Lei n. 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor não atrai a competência exclusiva da justiça federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, quando o dano for de âmbito regional ou nacional. Conforme a jurisprudência do STJ, nos casos de danos de âmbito regional ou nacional, cumpre ao autor optar pela Seção Judiciária que deverá ingressar com ação. Precedentes: CC 26842/DF, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Seção, DJ 05/08/2002; CC 112.235/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe 16/02/2011. 3. Isso considerado e verificando-se que o Ministério Público Federal optou por ajuizar a ação civil pública na Subseção Judiciária de Campos dos Goytacazes/RJ, situada em localidade que também é passível de sofrer as consequências dos danos ambientais que se querem evitados, é nela que deverá tramitar a ação. A isso deve-se somar o entendimento de que 'a ratio essendi da competência para a ação civil pública ambiental, calca-se no princípio da efetividade, por isso que, o Juízo federal do local do dano habilita-se, funcionalmente, na percepção da degradação ao meio ambiente posto em condições ideais para a obtenção dos elementos de convicção conducentes ao desate da lide' (CC 39.111/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 28/02/2005). A respeito, ainda: AgRg no REsp 1043307/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/04/2009; CC 60.643/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJ 08/10/2007; CC 47.950/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 07/05/2007. 4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no CC 118023/DF - AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 2011/0153025-9 Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 28/03/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 03/04/2012)

Este foi o entendimento esposado pela OJ 130-SDI-2, do TST:

"OJ nº 130 da SDI-2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA LOCAL DO DANO. LEI 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTIGO 93. I - A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano. II - Em caso de dano de abrangência regional, que atinge cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos. III - Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a ação civil pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho. IV - Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido Distribuída."

Mesmo que se combinem, apenas para argumentar, as regras da extensão do dano com a regra do local do dano, *apenas as capitais dos Estados atingidos* poderiam ser consideradas juízos competentes, com a exclusão, por incompetência, de todas as demais.

Assim: "Entendo que o inciso I do art. 93 do CDC ao dispor que quando o dano for de âmbito local será competente para a causa o foro do lugar do dano, está se reportando ao dano de repercussão adstrita a um só Estado, não importando se circunscrito a uma só ou a várias Comarcas. Já quando o inciso II do referido artigo se refere aos danos de âmbito regional, dirige-se àqueles danos que se espraiam em mais de um Estado-Membro, ou em um ou mais Estado-Membro e também no Distrito Federal, pois a inclusão aí do Distrito Federal decorre da mera equiparação que lhe é feita a um ente federativo assemelhado a um Estado-Membro. Assim, por exemplo, um dano que afeta o Estado de Goiás e o Distrito Federal, é tão regional quanto o dano que atinge os Estados do Acre e de Roraima. Por seu turno, quando tal dispositivo fala em danos de âmbito nacional, está se referindo aos danos que atingem todo território nacional. Destarte, sendo o dano de âmbito nacional, a ação poderá ser proposta em qualquer Estado-Membro ou no Distrito Federal, no que mais conveniente for ao autor. Contudo, sendo o dano de âmbito regional, incluindo dois ou mais Estados, a ação poderá ser proposta em qualquer um deles. Se o dano de âmbito regional incluir um ou mais Estado-Membro e também o Distrito Federal, a ação poderá ser proposta em qualquer um desses Estados ou no Distrito Federal." (CC 26842/DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Min. César Asfor Rocha, Segunda Seção, DJ 05.08.2002).

Logo, os Estados-Membros não atingidos, assim como o Distrito Federal, se não atingido pelo dano, não podem ser adequados para fins de julgar o litígio coletivo.

2.6. Competência quando o dano ou o ilícito for estadual

Não há regra expressa que cuide da competência para ação coletiva quando o dano ou o ilícito for estadual.

Parece-nos que, nesse caso, aplica-se por analogia a regra do dano/ilícito nacional: competente é a capital do Estado envolvido. Se o dano atingir mais de um Estado, qualquer das respectivas capitais é competente para o processamento e julgamento da causa.

Há a proposta de Antonio Gidi, segundo a qual a competência será sempre da Justiça Federal quando se tratar de dano com âmbito nacional, estadual ou regional (art. 4º).¹⁰ A proposta serve ao Brasil *de lege ferenda*, pois a competência da Justiça Federal é delimitada constitucionalmente, e não pode ser ampliada por lei infraconstitucional.

3. COMPETÊNCIA PARA A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1. A Inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002 (Prerrogativa da função)

Reinava acesa controvérsia na jurisprudência e na doutrina sobre a possibilidade de agentes públicos, cujo foro para a respectiva ação penal é fixado como prerrogativa da função que exercem, poderem ser processados em ação de improbidade administrativa em primeiro grau de jurisdição.

Tudo resulta da proximidade inicial, sustentada por alguns membros da comunidade jurídica, da ação de improbidade com o "direito penal", eis que desta pode resultar a perda do cargo e dos direitos políticos, a exemplo do efeito específico da condenação "perda de cargo, função ou mandato eletivo", verdadeira "pena acessória" que deve ser explicitada expressamente em sentença penal condenatória, nos termos do art. 92, I do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40).¹¹ Essa era a grande dúvida.

10. GIDI, Antonio. "Código de Processo Civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, nº 111, p. 195-196.

11. Cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*, 3ª ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 735-737; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 340-341. Ver ainda, sobre perda (ou cassação) de direitos políticos, bem como a perda do mandato eletivo: arts. 15, III; 55, IV, VI e 55, § 2º da CF/88. Art. 16 da Lei 7.716/89 - crime de racismo: "Constitui efeito da condenação a perda de cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do

Naturalmente, partindo-se da premissa de que as sanções da improbidade administrativa são análogas às do direito penal, discutia-se a questão da competência: se do juízo singular, em razão da inexistência de norma expressa em sentido contrário, ou do tribunal com competência para processá-los em eventual ação penal.

IMPORTANTE

O STF entendeu, ao analisar a ADI 2797 2 ADI 2860, pela: a) impossibilidade de criar competência dos tribunais superiores por norma infraconstitucional, sepultando a tese da competência legislativa para criação do foro por prerrogativa de função de tribunais superiores; b) natureza cível (não penal) da ação de improbidade administrativa. Note, a matéria é controversa, existem fundadas razões em ambas correntes doutrinárias, tanto para os que defendem a prerrogativa de foro para os agentes políticos (de *lege ferenda* amparados, entre outros argumentos, pela a necessidade de preservar a liberdade de atuação destes agentes, evitando pressões abusivas); quanto para os que defendem a manutenção da competência de primeiro grau (mais acesso à justiça e controle direto dos atos dos agentes públicos).

→ REUER

3.2. Competência para Julgamento dos Agentes Políticos (Crime de Responsabilidade e Bis in Idem)

Além disso, há a questão de saber se os agentes políticos podem, realmente, ser processados por improbidade administrativa ou se lhes cabe, apenas, a imputação de crime de responsabilidade. Os fundamentos do voto do Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes são decisivos para defender a duplicidade dos sistemas de responsabilização: a) política-administrativa, para os crimes de responsabilidade; e, b) judicial, para os atos de improbidade administrativa. Vale transcrever o quanto noticiado no Informativo 471:

"O Min. Joaquim Barbosa acompanhou o voto vencido do Min. Carlos Velloso quanto à conclusão de que os fatos em razão dos quais o Ministério Público Federal ajuizara a ação de improbidade *não se enquadravam nas tipificações da Lei 1.079/50* e de que não seria aplicável, portanto, o art. 102, I, c, da CF. Em acréscimo a esses fundamentos, asseverava, também, a existência, no Brasil, de *disciplinas normativas diversas em matéria de improbidade, as quais, embora visando à preservação da moralidade na Administração Pública, possuiriam objetivos constitucionais diversos*: a

funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a 3 meses". Também se discutia a questão sobre o prisma dos crimes de responsabilidade, mas são dois temas distintos, que serão tratados em separado.

específica da Lei 8.429/92, que disciplina o art. 37, § 4º, da CF, de tipificação cerrada e de incidência sobre um amplo rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham vínculo funcional com a Administração Pública; e a referente à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao Chefe do Poder Executivo e aos Ministros de Estado (art. 85, V), a qual, no plano infraconstitucional, se completa com o art. 9º da Lei 1.079/1950. Esclarecia que o art. 37, § 4º, da CF traduziria concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput desse mesmo artigo, por meio do qual se teria buscado coibir a prática de atos desonestos e antiéticos, aplicando-se, aos acusados as várias e drásticas penas previstas na Lei 8.429/92. Já o tratamento jurídico da improbidade prevista no art. 85, V, da CF e na Lei 1.079/50, direcionada aos fins políticos, ou seja, de apuração da responsabilização política, assumiria outra roupagem, porque o objetivo constitucional visado seria o de lançar no ostracismo político o agente político faltoso, cujas ações configurassem um risco para o estado de Direito; a natureza política e os objetivos constitucionais pretendidos com esse instituto explicariam a razão da aplicação de apenas duas punições ao agente político: perda do cargo e inabilitação para o exercício de funções públicas por 8 anos. Dessa forma, estar-se-ia diante de entidades distintas que não se excluiriam e poderiam ser processadas separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados diversos, não obstante desencadeados pelos mesmos fatos. Saliendo que nosso ordenamento jurídico admitiria, em matéria de responsabilização dos agentes políticos, a coexistência de um regime político com um regime puramente penal, afirmava não haver razão para esse mesmo ordenamento impedir a coabitação entre responsabilização política e improbidade administrativa. Entendia que eximir os agentes políticos da ação de improbidade administrativa, além de gerar situação de perplexidade que violaria os princípios isonômico e republicano, seria um desastre para a Administração Pública, um retrocesso institucional. Por fim, considerava que a solução então preconizada pela maioria dos Ministros, ao criar nova hipótese de competência originária para o Supremo (CF, art. 102), estaria rompendo com a jurisprudência tradicional, segundo a qual a competência da Corte só poderia ser estabelecida mediante norma de estatuto constitucional, sendo insuscetível de extensões a situações outras que não as previstas no próprio texto constitucional. Destarte, a ação proposta deveria ter seu curso normal perante as instâncias ordinárias. Rcl 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 13.6.2007. (Rcl-2138)."

A base legal e a interpretação constitucional destes dispositivos são claras. Não permite enganos, muito embora seja ainda mais clara a sua base moral e republicana.

Note, porém, que já ocorreram reiterados posicionamentos do Supremo Tribunal Federal contra a aplicação do precedente fixado na RCL 2.138 aos Prefeitos Municipais, Parlamentares e Deputados Estaduais. Segundo o próprio STF entendeu, o precedente somente se aplica aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

→ RATIO ESSENCIAL

As circunstâncias fáticas e jurídicas, os fundamentos determinantes, invocados no precedente são diferentes dos referentes aos casos que tratam dos prefeitos municipais. Trata-se de uma aplicação direta da ideia do *distinguishing*, ou seja, da diferenciação entre o substrato fático e jurídico que gerou o precedente e o substrato fático e jurídico da causa em que se requer sua aplicação. Nesse sentido:

"PROCESSUAL. ATO DE IMPROBIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL. CONFIGURAÇÃO COMO CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUIZ MONOCRÁTICO PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL COM OS PARADIGMAS INVOCADOS. AGRAVO IMPROVIDO. I - Os paradigmas invocados pelo agravante dizem respeito à estipulação da competência desta Suprema Corte, para processar e julgar os crimes de responsabilidade cometidos por Ministros de Estado. II - O STF tem entendido, nessas hipóteses, que os atos de improbidade administrativa devem ser caracterizados como crime de responsabilidade. III - Na espécie, trata-se de prefeito municipal processado por atos de improbidade administrativa que entende ser de competência originária do Tribunal de Justiça local, e não do juiz monocrático, o processamento e julgamento do feito. IV - Não há identidade material entre o caso sob exame e as decisões invocadas como paradigma. V - Agravo improvido." (Pleno, Rcl-MC-AgR n. 6034/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 25.06.08, publicado no DJe de 29.08.2008, v. 2330-02, p. 306).

"Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Foro por Prerrogativa de Função. 1. A ação civil pública por ato de improbidade administrativa que tenha por réu parlamentar deve ser julgada em Primeira Instância. 2. Declaração de Inconstitucionalidade do art. 84, § 2º, do CPP no julgamento da ADI 2797. 3. Mantida a decisão monocrática que declinou da competência. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento." (Pet 3067 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2014, acórdão eletrônico DJe-032 divulg 18-02-2015 public 19-02-2015).

"Agravo Regimental. Reclamação Constitucional. Alegada Afrenta à Autoridade da Decisão Denegatória de Cautelar Na ADI 2727/DF. Superveniência de Decisão de Mérito no Paradigma Invocado. Foro por Prerrogativa de Função. Inaplicabilidade. Ação por Improbidade

Administrativa. Ex-Prefeito. Ao afastar a pretendida extensão do foro por prerrogativa de função à hipótese de ação por improbidade administrativa proposta em face de ex-prefeito, o ato reclamado, a par de não incidir em afronta ao decidido em sede de medida cautelar na ADI 2727/DF, convergiu com o decidido por esta Suprema Corte ao julgamento do mérito da aludida ação direta de inconstitucionalidade. Agravo regimental conhecido e não provido." (Rcl 3638 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014, processo eletrônico DJe-219 divulg 06-11-2014 public 07-11-2014).

Em razão disto, o entendimento do STJ afirma que os agentes políticos municipais se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967.¹² Ressalvados o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal, todos os agentes políticos poderão ser responsabilizados pelas sanções previstas no art. 37, § 4º, da CF.¹³

3.3. Limitação da decisão do juiz de primeiro grau nas ações de improbidade: impossibilidade

Contudo, não se pode aceitar a tese que vem predominando no STJ no sentido de que a ação de improbidade administrativa proposta contra o agente político que tenha foro por prerrogativa de função é processada e julgada pelo juiz de primeiro grau, mas, limitada a decisão deste juiz à imposição de penalidades patrimoniais e vedada a aplicação das sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda do cargo.¹⁴

Esta tese retoma, por via transversa, o que já se discutiu acima.

12. AgRg no REsp 1425191/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/03/2015, DJE 16/03/2015; AgRg no AREsp 353745/RO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, DJE 10/03/2015; AgRg no AREsp 447251/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, DJE 20/02/2015.
13. Neste sentido, REsp 1191613/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/03/2015, DJE 17/04/2015; REsp 1168739/RN, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, DJE 11/06/2014; EDcl na AIA 000045/AM, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 21/05/2014, DJE 28/05/2014.
14. A linha de precedentes na matéria é extensa, REsp 1138173/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, DJE 30/06/2015; AgRg no AgRg no REsp 1316294/RJ, Rel. Ministro Olindo Meneses (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 16/06/2015, DJE 24/06/2015; AgRg na MC 020742/MG, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Corte Especial, julgado em 06/05/2015, DJE 27/05/2015; AgRg no AREsp 553972/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, DJE 03/02/2015; REsp 1407862/RO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, DJE 19/12/2014; REsp 1489024/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 04/12/2014, DJE 11/12/2014; AgRg na MC 022064/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, DJE 14/11/2014; AgRg no AREsp 461084/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 16/10/2014, DJE 14/11/2014; EDcl na AIA 000045/AM, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 21/05/2014, DJE 28/05/2014.

importante

A análise das sanções deve ser em razão da gravidade dos fatos, decorre da dosimetria. Não faz nenhum sentido limitar a decisão do juiz na ação de improbidade às sanções que ele já poderia obter em ações civis públicas. O entendimento do STJ precisa ser revisto no ponto, pois esvazia a tutela da probidade administrativa mediante a ação de improbidade quando os agentes tenham foro por prerrogativa de função. Levada ao extremo, quanto a estes agentes, restaria apenas a tutela penal e as infrações político administrativas.

4. OUTRAS HIPÓTESES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO COLETIVA

Conforme visto no v. 1 deste *Curso*, compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que houver *grave violação a direitos humanos* (art. 109, V-A, CF/88) e que envolvem *direitos indígenas* (art. 109, XI, CF/88).

Cabe lembrar, neste momento, que a hipótese do inciso V-A do art. 109 da CF/88 diz respeito tanto a ações penais quanto a ações civis; dentre essas, avulta a ação coletiva cuja causa de pedir for uma grave violação a direitos humanos, que na forma do § 5º desse mesmo art. 109, pode estar no âmbito de atuação da Justiça Federal se, a requerimento do Procurador-Geral da República e, verificada a ineficiência das autoridades estaduais para a solução do problema, o Superior Tribunal de Justiça autorizar essa modificação de competência. Lembre-se, também, que essa *federalização* pode ocorrer ainda durante a tramitação do *inquérito civil* (§ 5º do art. 109 da CF/88).

O inciso XI do art. 109 envolve, como foi visto no v. 1, as causas que dizem respeito a direitos dos índios coletivamente considerados. A aplicação do dispositivo no âmbito cível é, como se vê, essencialmente para as ações coletivas.

5. COMPETÊNCIA DO STF PARA AS AÇÕES COLETIVAS QUE ENVOLVAM CONFLITOS ENTRE ESTADOS OU ENTRE ESSES E A UNIÃO (ART. 102, I, "F", CF/88)

De acordo com o art. 102, I, f, da Constituição Federal de 1988, compete ao STF processar e julgar, originariamente "as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta".

Houve, recentemente, um *leading case*, em que se determinou a competência do STF para o julgamento das ações coletivas em que se discutia o projeto de Transposição do Rio São Francisco.

Na Reclamação n. 3074, cujo relator foi o Min. Sepúlveda Pertence, reconheceu-se a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação civil pública em que o Estado de Minas Gerais, no interesse da proteção ambiental do seu território, pretende impor exigências à atuação do IBAMA no licenciamento da mencionada obra federal - Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, diante da existência de conflito entre o Estado de Minas Gerais e o órgão ambiental federal:

Reclamação: procedência: usurpação de competência originária do Supremo Tribunal (CF, art. 102, I, "f"). Ação civil pública em que o Estado de Minas Gerais, no interesse da proteção ambiental do seu território, pretende impor exigências à atuação do IBAMA no licenciamento de obra federal - Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional: caso típico de existência de "conflito federativo", em que o eventual acolhimento da demanda acarretará reflexos diretos sobre o tempo de implementação ou a própria viabilidade de um projeto de grande vulto do governo da União. Precedente: ACO 593 - QO, 7.6.01, Néri da Silveira, RTJ 182/420. (STF, Pleno, Rcl n. 3074/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 04.08.2005, publicado no DJ de 30.09.2005)

importante

Como afirma Érica Rusch, o caso da Transposição das águas do Rio São Francisco é um nítido exemplo de configuração de conflito federativo, que transfere a competência para a sua apreciação originária ao Supremo Tribunal Federal, "devendo ser reunidas todas as demandas propostas sobre a questão tendo em vista que (i) o objeto litigioso é indivisível (manejo das águas de rios interestadual) e, portanto, a resposta judiciária dever ser unitária e (ii) e que o andamento separado das ações enseja o risco de decisões de mérito em sentidos contraditórios não apenas no plano lógico, como no plano prático (autorizar e impedir o projeto, por exemplo)"¹⁵.

O caso certamente servirá de paradigma para a solução de outros problemas semelhantes.

15. RUSCH, Érica. "Ação civil pública de responsabilidade por danos ambientais". Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2008. p. 102.

6. CASOS EXTRAORDINÁRIOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF PARA JULGAR A AÇÃO POPULAR-

O art. 5º da Lei de Ação Popular determina que, em regra, a competência é do juízo de primeiro grau de jurisdição, conforme a origem do ato impugnado, de acordo com as normas de organização judiciária de cada Estado e as regras de competência da Justiça Federal. Acrescente-se, além da origem, a finalidade do ato, com o que poderá afetar a ação popular a uma das justiças especiais, como a Justiça Eleitoral.

Portanto, a regra geral nas ações populares é de que competente será o juízo de primeiro grau, conforme a origem do ato, não importa qual seja a autoridade impugnada: Presidente da República, Presidentes das Mesas das Câmaras dos Deputados ou do Senado Federal, juízes, Prefeitos etc.

O STF ao decidir essa matéria reforçou a regra de que a competência originária da Corte depende de previsão constitucional expressa: "O Supremo Tribunal Federal - por ausência de previsão constitucional - não dispõe de competência originária para processar e julgar ação popular promovida contra qualquer órgão ou autoridade da República, mesmo que o ato cuja invalidação se pleiteie tenha amado do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou, ainda, de qualquer dos Tribunais Superiores da União" (Pet 2.018-AgR, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.8.2000, DJ. 16.2.2001).¹⁶

Não obstante, existem duas exceções de ordem constitucional.

Quando: a) ação popular interessar à totalidade de juízes estaduais e/ou ficar configurado, após o julgamento na primeira instância, o impedimento de mais da metade dos desembargadores para apreciar o recurso voluntário ou a remessa obrigatória, ocorrerá a competência do Supremo Tribunal Federal, com base na letra n do inciso I do art. 102 da CF/88 (AO 859-QO, rel. p/ AC. Min. Maurício Corrêa, j. 11.10.2001, DJ. 01.8.2003)¹⁷; b) a causa envolver conflito entre a União e Estado-membro

16. No mesmo sentido: STF, Tribunal Pleno, AC n. 2.596 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.03.2013, publicado no DJe de 16.04.2013.

17. O STF entendeu, em 1993, que não havia "juiz natural" no Estado de Roraima para julgar ação popular em que eram réus todos os desembargadores do Tribunal de Justiça deste Estado, porquanto todos os juízes de direito que existiam à época (apenas seis) eram recém-empossados e, assim, ainda não haviam adquirido vitaliciedade, não possuindo a independência necessária para conduzir o processo e julgar a referida ação popular: "Ora, estando os juízes de 1º grau da Justiça de Roraima ainda em estágio probatório, assim sem a garantia de vitaliciedade, dependentes justamente daqueles que irão julgar - todos os desembargadores são réus na ação popular -, não há, no Estado de Roraima, possibilidade de realização do devido processo legal, dado que um dos componentes deste, o juiz natural, conceituado este como juiz com garantias de independência, juiz imparcial, juiz confiável,

(Pet. 3.674-QO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 4.10.2006, DJ. 19.12.2006). Sobre esse tema ver acima o caso do conflito entre os interesses da União e dos Estados-membros decorrente da transposição das águas do Rio São Francisco.

7. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA SOBRE POLUIÇÃO VISUAL POR PROPAGANDA POLÍTICA: JUSTIÇA ELEITORAL OU JUSTIÇA COMUM?

O STF decidiu que a competência para julgamento de matéria ambiental, relacionada à poluição visual causada por partido político, é da justiça comum estadual.

Como a causa não versa sobre questão eleitoral, não há razão para que tramite na Justiça Eleitoral, ainda que o ilícito tenha sido praticado em razão da campanha eleitoral. A campanha eleitoral foi apenas o contexto histórico para o cometimento do ilícito ambiental - assim como poderia ter havido um homicídio, em razão de alguma refrega eleitoral, que deveria ser apurado perante o Tribunal do Júri. *→ INTERESSANTE RACIOCÍNIO*

Assim, não se tratando de matéria eleitoral, o mero fato de a poluição ter sido causada por propaganda política não atrai a competência da Justiça Eleitoral.

"A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela do meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nessa época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral", afirmou o relator, Min. Arnaldo Esteves. Segundo a ementa: "ADMINISTRATIVO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROPAGANDA ELEITORAL. DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. AUSÊNCIA DE MATÉRIA ELEITORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A Justiça Eleitoral, órgão do Poder Judiciário brasileiro (art. 92, V, da CF), tem seu âmbito de atuação delimitado pelo conteúdo constante no art. 14 da CF e na legislação específica. 2. "As atividades reservadas à Justiça Eleitoral aprisionam-se ao processo eleitoral, principiando com a inscrição dos eleitores, seguindo-se o registro dos candidatos, eleição, apuração e diplomação, ato que esgota a competência especializada (art. 14, parágrafo 10, CF)" (CC 10.903/RJ). 3. In casu, sobressai a incompetência da Justiça

não existe, no caso". (STF, Pleno, Rel. n. 417, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.03.1993, publicado no DJ de 16.04.1993).

eleitoral, uma vez que não está em discussão na referida ação civil pública direitos políticos, inelegibilidade, sufrágio, partidos políticos, nem infração às normas eleitorais e respectivas regulamentações, isto é, toda matéria concernente ao próprio processo eleitoral. 4. A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. A ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano imputado ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regidas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado." (STJ, 1ª S., CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 113.433 - AL, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. em 24.08.2011, publicado no DJe de 19.12.2011).

8. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL? LITÍGIOS TRANSNACIONAIS, TRANSFRONTEIRIÇOS E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM AÇÕES COLETIVAS

O CPC ampliou a disciplina do processo civil internacional, tratou: a) da jurisdição nacional em relação aos litígios e às decisões estrangeiras, matéria denominada pelo CPC-1973 de "competência internacional", e agora chamada de limites à jurisdição nacional (art. 21 a 25 do CPC/2015); b) da normatização da cooperação judicial internacional, tratando da divisão de trabalho entre juízes e tribunais de diversas jurisdições nacionais (art. 26 a 41 do CPC/2015); c) do reconhecimento das sentenças e decisões estrangeiras (art. 960 a 965 do CPC/2015), disciplinando, inclusive, o procedimento para concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. Inserindo, assim, o processo civil internacional também dentro dos novos objetivos previstos no CPC, flexibilizando, de certa forma, a soberania como pilar do direito processual internacional, em especial quando ela é entrave à tutela dos direitos fundamentais.

Podemos afirmar, portanto, que o capítulo do CPC ao tratar do processo civil internacional como limites da jurisdição nacional e logo em

seguida disciplinar a cooperação jurisdicional internacional, não fala mais em competência internacional. Cai por terra a construção de Chiovenda de que a jurisdição era uma exclusividade, um atributo da soberania.¹⁸ O CPC atual trata o tema a partir da premissa da tutela dos direitos, que organiza os contemporâneos Estados Constitucionais (arts. 3º, 4º e 6º, CPC).

No processo civil internacional, a definição da jurisdição não pode ser mais um obstáculo à tutela adequada dos direitos. Os litígios atualmente, em especial os coletivos, têm características globais e, muitas vezes, *transfronteiriças*, atingindo ao mesmo tempo mais de um território.

Interessante A distinção entre litígios transnacionais e transfronteiriços está na relação entre gênero e espécie. Os litígios transnacionais, como gênero, envolvem mais de uma jurisdição e possuem como característica principal o chamado "elemento de internacionalidade" ("elemento di extraneità").¹⁹ Nos transfronteiriços, os danos/ilícitos acontecem de maneira simultânea em mais de um território ao mesmo tempo. Os danos/ilícitos não respeitam as fronteiras. Parafraseando Pascal, a engraçada justiça que um rio limita, nada limita na verdade.

Por exemplo, o dano ambiental não respeita fronteiras; assim a poluição causada em um país atinge o outro país, sendo que os danos merecem tutela adequada e simultânea. A mesma situação ocorre no direito do consumidor, nos ilícitos de corrupção entre países ou nas falências transfronteiriças.

É preciso compreender que as soluções pensadas para o processo transnacional não se adaptam naturalmente a essas realidades. O processo transnacional tratava de dois problemas principais: a identificação da jurisdição e a identificação do direito aplicável. Temas como a competência, a litispendência, a produção de prova, o cumprimento de tutela provisória, a coisa julgada, o cumprimento e a execução da sentença estrangeira, dominavam o cenário em uma visão de reserva de jurisdição. A colaboração judicial dependia de medidas estabelecidas em tratados e convenções e tinha como principal objeto preservar as soberanias internas. A comunicação dos atos se dava por via exclusivamente diplomática e os órgãos da alta

18. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. J. Guimarães Menegale, acompanhado de notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943, v.2. [Istituzioni di Diritto Processuale Civile, 1933/1934].

19. LUPOLI, Michele Angelo. *Conflitti Transnazionali di Giurisdizioni*, Tomo I, Giuffrè: Milão, 2002, p. 3 e ss. Lupoli, ao tratar do tema jurisdição, coloca o foco no conflito e nos litigantes, por isso refere que é absolutamente correto falar, não somente em conflito de jurisdições, mas também em jurisdições em contraste e concorrentes.

cúpula do Poder Judiciário detinham o poder de concessão para autorizar o cumprimento das medidas com exclusividade.

Nos litígios transfronteiriços a situação se modifica e exige algumas adequações.

Convém transcrever importante lição doutrinária:

"Para estas espécies de litígios, ainda de forma mais acentuada que a que ocorre nos litígios transnacionais, a definição de qual a jurisdição, dentre as envolvidas no âmbito internacional para determinado caso concreto, não soluciona em definitivo a questão do ponto de vista da tutela dos direitos *efetiva* (tem que se realizar no mundo real); *tempestiva* (que venha em tempo razoável) e *adequada* (ao direito material que irá versar)."

"Nos litígios coletivos transfronteiriços, a ausência de uniformidade acerca dos institutos que caracterizam as demandas coletivas torna a temática dos danos ambientais transfronteiriços uma matéria de extrema complexidade. Exemplos de elementos internacionais que são problemas a serem resolvidos são: (1) a existência de jurisdições concorrentes (LUPOL, 2002, p. 4-5; (2) a patologia das decisões duplicadas ou conflitantes (LUPOL, 2002, p. 6); (3) a distinção entre os vários modelos de direito material e processual aplicáveis à resolução da matéria; (4) a frustração processual da necessidade de tutela pelas deficiências do direito interno. Um dos problemas mais relevantes é justamente o fato de que nem sempre os Estados-nação afetados são dotados de instrumentos processuais disponíveis para a tutela daquele direito/preensão em matéria ambiental. Há uma consequente ausência de tutela ou, em alguns casos, uma sobreposição de tutelas, que precisa ser coordenada pela boa dogmática processual de maneira a servir o processo como meio para a tutela dos direitos, seu principal fim."²⁰

Isso porque, a tutela somente será adequada se a jurisdição puder tratar de forma simultânea e homogênea destas questões. Assim, uma das grandes novidades do CPC, que é o auxílio direto, permitirá a cooperação entre os órgãos jurisdicionais e entre as autoridades centrais, que poderão elas mesmas requerer as tutelas necessárias utilizando o direito interno de cada ordenamento de forma

20. MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ARGENTA, Graziela. *Processo Internacional Transfronteiriço: Os Litígios que Não Respeitam Fronteiras - Da Soberania à Tutela de Direitos*, no prelo, gentilmente cedido pelas autoras. MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; GUERRA, Marcel Victor M., *Processo Civil Transnacional: A Caminho de uma Sistematização dos Princípios de Competência Internacional: Reflexos de um Novo Paradigma Axológico Face à Crise Metodológica Positivista*, In: *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*, Fundação Boiteux, 2009; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; LOMEU, Mariana. *A Análise Jurisprudencial da Competência Internacional Brasileira: Uma Reflexão à Luz da Experiência Comparada e da Arbitragem*. In: MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. *CONPEDI/UNINOVE*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, www.conpedi.org.br/publicações, acesso em 18.01.2016; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI JR., Hermes. *A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de Processo Civil brasileiro de 2015*, no prelo.

simultânea, sem a necessidade dos trâmites para obtenção da carta rogatória e do *exequatur*. Ocorre, assim, uma redução do "elemento de internacionalidade".

"O interessante é que, no auxílio direto, muitas providências podem ser produzidas sem autorização do Poder Judiciário, quando não possuírem natureza jurisdicional no âmbito interno, o que agiliza bastante o processo. Por outro lado, caso as providências solicitadas exijam autorização judicial, o Estado-parte requerido fica comprometido e autorizado a requerer junto aos órgãos jurisdicionais nacionais a medida necessária para tutela do direito em questão."²¹

A escolha da jurisdição como a grande temática do processo civil internacional passa a ceder espaço a outros mecanismos para dar efetividade ao processo.

Alguns problemas podem ser enumerados.

A ausência de previsão dos institutos protetivos dos direitos coletivos e do devido processo coletivo no direito interno.²² Como se sabe, o direito material e processual coletivo mais desenvolvido na América Latina é o direito brasileiro; outros países vizinhos, com os quais o Brasil pode ter instaurados litígios transfronteiriços, podem não ter previsão adequada de tutela no campo material e processual. É preciso pensar alternativas para dar efetividade à tutela deferida no Brasil para além do território brasileiro, nestes casos.

O *forum shopping* e o *forum non conveniens*. A litigação estratégica pode representar uma corrida pela jurisdição, fomentando os conflitos de decisões. Nestes casos, o ideal é trabalhar com a competência adequada a partir da definição da melhor jurisdição, na qual seja possível utilizar o direito material adequado e os instrumentos processuais que garantam a defesa e a efetividade da prestação jurisdicional.

21. MOSCHEN; ARGENTA. *Processo Internacional Transfronteiriço*. Red. 2.645, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, STJ, j. em 18.11.2009.

22. O problema da tutela coletiva transnacional por falta de direito nacional adequado já é debatido há muito pela doutrina. Neste sentido, importante notar que uma série de casos de lesões a direitos humanos, envolvendo corporações multinacionais como Nike, Shell, Coca-Cola, entre outras, foram admitidos em países como os Estados Unidos, Inglaterra e Austrália. Aplicando-se a legislação das *class actions* para garantir tutela coletiva a ilícitos praticados pelas empresas em outros países. JOSEPH, Sarah. *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*. Oxford: Hart, 2004. São dois problemas: a) admitir a ação em um país que tem o direito material e processual adequados para a tutela dos direitos; b) reconhecer a decisão judicial e dar-lhe efetividade nos outros países onde os efeitos do dano ou ilícito ocorrem. O tema foi objeto de vários estudos, para duas perspectivas conflitantes ver: TARUFFO, Michele. *Notes on the Collective Protection of Rights*. In: OTEIZA, Eduardo (org.). *Processos Coletivos. Class Actions*. Buenos Aires, Argentina, 6-9 June 2012. *Anais da I International Conference & XXIII Iberoamerican Procedural Law Convention*. Buenos Aires, 2012, p. 23/30; GIDD, Antonio. *The Recognition of U.S. Class Actions Judgments Abroad: The Case of Latin America*. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 37, 2012.

CAPÍTULO 5

Conexão e Litispendência entre Ações Coletivas e a Relação entre Ações Coletivas e Ações Individuais

Sumário • 1. Conexão: 1.1. Considerações gerais sobre a conexão; 1.2. A conexão e a prevenção na tutela Jurisdicional coletiva; 1.3. Cooperação jurisdicional nacional e a conexão probatória (Art. 69, CPC) – 2. Litispendência: 2.1. Considerações gerais sobre a litispendência; 2.2. Litispendência entre demandas coletivas – 3. Relação entre a ação coletiva e a ação Individual: 3.1. A ação coletiva não induz litispendência para a ação individual; 3.2. O pedido de suspensão do processo individual. A ciência inequívoca da existência do processo coletivo e o ônus do demandado de informar o autor individual; 3.3. A desistência do mandado de segurança individual em razão da pendência do mandado de segurança coletivo. Art. 22, § 1º, da Lei n. 12.016/2009. Possível inconstitucionalidade. Apelo ao microssistema; 3.4. Há continência entre ação coletiva e ação individual?; 3.5. O direito à autoexclusão (*right to opt out*) no microssistema brasileiro de tutela coletiva; 3.6. Possibilidade de suspensão do processo individual *independentemente* de requerimento da parte. O julgamento do REsp n. 1.110.549/RS (recurso especial repetitivo) e o CPC; 3.7. Comunicação da existência de processos repetitivos ou outro fato que possa dar ensejo ao ajuizamento de ação coletiva (Art. 7º da Lei n. 7.347/1985 e Art. 139, X, do CPC).

1. CONEXÃO

1.1. Considerações gerais sobre a conexão

Conexão é uma relação de semelhança entre demandas, que é considerada pelo direito positivo como apta para a produção de determinados efeitos processuais. A conexão pressupõe demandas *distintas*, mas que mantêm entre si algum nível de vínculo.

Trata-se de conceito jurídico-positivo: cabe ao direito positivo de cada país estabelecer qual o tipo de vínculo considerado como relevante e quais são os seus efeitos jurídicos. Não há um conceito universal (jurídico fundamental ou lógico-jurídico) de conexão.

A conexão no processo penal, por exemplo, pode configurar-se quando houver acusação de prática de crimes por pessoas que estão vinculadas.

Já no processo civil, normalmente reputam-se conexas demandas que possuam algum dos seus elementos objetivos (pedido ou causa de pedir) idênticos (p. ex.: art. 55, caput, CPC).¹ Cogita-se conexão até mesmo quando o vínculo entre demandas se estabelece pela semelhança do objeto da prova (conexão probatória), a partir da incidência do princípio da eficiência (art. 8º, CPC)² e do comando do art. 69 do CPC.

quase que
Diversos institutos processuais pressupõem conexão, tais como a cumulação de pedidos, o litisconsórcio, a reconvenção, a modificação de competência etc. A conexão pode caracterizar-se de maneira diferente para cada um desses institutos. Assim, é possível falar de conexão *para modificação de competência*, que se baseie em certo nível de vínculo entre as demandas, e de conexão *como pressuposto para a reconvenção*, que se verifica a partir do preenchimento de pressupostos diferentes³.

A conexão é fato jurídico processual que normalmente produz o efeito jurídico de determinar a modificação da competência, de modo a que um único juízo tenha competência para processar e julgar todas as causas conexas. A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito jurídico mais tradicional da conexão.

É possível, porém, que a conexão produza outro efeito jurídico. Imagine-se o caso de causas conexas que tramitem em juízos com competências materiais distintas ou que tramitem sob procedimentos distintos. Nesse caso, não será possível a reunião dos processos. A conexão, então, fará com que uma das causas fique suspensa, à espera da decisão da outra, de modo a evitar que sejam proferidas decisões contraditórias.

A conexão, que normalmente determina a reunião das causas em um mesmo juízo, tem por objetivo promover a economia processual (já que são semelhantes, é bem possível que a atividade processual de uma sirva a outra) e evitar a proliferação de decisões contraditórias. A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito principal e desejado, exatamente porque ele atende muito bem aos objetivos da conexão. Somente se a reunião não for possível, é que se deve determinar a suspensão de um dos processos.

É razoável, no entanto, imaginar uma situação em que a conexão implique reunião dos processos em um mesmo juízo, sem que haja, necessariamente,

1. O art. 55, § 3º, CPC, inova ao permitir, expressamente, a reunião por conexão para evitar "proliferação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididas separadamente, mesmo sem conexão entre elas".

2. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 1, p. 105.

3. A propósito dos diversos conceitos de conexão, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.

processamento simultâneo. Houve um caso emblemático na Bahia: foram ajuizadas vinte e duas ações de improbidade, todas relacionadas a condutas praticadas por agentes de um determinado município. As causas são conexas, havendo, inclusive, prejudicialidade entre algumas delas. A conexão existe, também, pela semelhança entre as questões fáticas, que darão ensejo à atividade instrutória semelhante. Por se tratar, ainda, de questões fáticas que possuíam alguma complexidade, tudo justificava a reunião das ações em um mesmo juízo, mas sem o processamento simultâneo, que comprometeria substancialmente a duração razoável do processo e a efetividade da tutela coletiva (o processo assumiria dimensões paquidérmicas, o que certamente dificultaria o seu andamento regular). Constatou-se a conexão, determinou-se a reunião dos processos, mas não se determinou o processamento simultâneo.

Prevenção é o critério para determinar em qual dos juízos as causas conexas deverão de ser reunidas. Também aqui, não é tarefa da doutrina conceituar os casos de prevenção, que são determinados pelo direito positivo. As hipóteses de prevenção são, portanto, contingentes. Normalmente, considera-se *prevento* o juízo perante o qual a primeira demanda foi proposta (art. 59, CPC).

É importante, ainda, fazer uma última distinção teórica. A *modificação da competência* em razão da conexão não se confunde com a *alegação de incompetência relativa*, não obstante ambas normalmente se referirem à competência territorial.

Ao afirmar a ocorrência de uma hipótese de modificação de competência, parte-se da premissa de que o órgão jurisdicional é competente, mas, em razão da prorrogação da competência, deve a causa ser remetida a outro órgão jurisdicional, que é o juízo prevento (é nisso que consiste a modificação). Quando se aponta a incompetência relativa, nega-se, de logo, que o magistrado tenha competência para conduzir a causa, pedindo-se a remessa dos autos ao juízo competente. A competência que surge para o juízo prevento tem natureza absoluta (funcional), sendo essa a razão pela qual é possível o conhecimento *ex officio* da conexão e da continência: ao autorizar a modificação da competência, surge uma hipótese de competência absoluta do órgão jurisdicional prevento. A *modificação legal da competência* é uma questão que transcende o interesse das partes, indisponível, portanto, uma vez que se relaciona com a economia processual e serve para minimizar os riscos de desarmonia das decisões, conforme visto.

Enfim, uma teorização sobre o conceito de conexão é pouco útil. Do ponto de vista teórico, é possível concluir que a conexão sempre revela um vínculo de semelhança entre causas. A espécie de vínculo que dá ensejo à conexão, porém, variará conforme o direito positivo.

1.2. A conexão e a prevenção na tutela jurisdicional coletiva

O parágrafo único do art. 2º da Lei de Ação Civil Pública prevê uma hipótese de conexão em ações coletivas: "Parágrafo único: A *propositura da ação* prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto".

- a) Como se vê, segue-se o padrão da legislação individual (art. 55, *caput*, CPC), ao reputar conexas duas ou mais causas em razão da semelhança de um dos seus elementos objetivos. Nem há cláusula geral de conexão semelhante àquela prevista no art. 55, §§ 3º, que reconhece a existência do vínculo entre causas sempre que houver risco de decisões contraditórias.

Nesse aspecto, a solução não foi feliz. Seria mais recomendável que não houvesse "conceito legal" de conexão, cuja responsabilidade ficaria para a doutrina e a jurisprudência, cabendo ao legislador regular os *efeitos da conexão*.

A proposta do Código Modelo para a Ibero-américa é, no particular, superior (art. 29, do CM-IIDP), pois optou por não conceituar *conexão*. A opção é a melhor não apenas porque se trata de uma proposta de Código Modelo, que, portanto, pressupõe a existência de diferenças no regramento do instituto nos diversos direitos positivos dos países ibero-americanos. A proposta é boa, principalmente porque dá ao tratamento do tema mais flexibilidade⁴. Deixar a *conexão* como conceito vago é uma boa alternativa, pois transfere para o órgão jurisdicional a tarefa de constatar quando, à luz das peculiaridades do caso concreto (cuja complexidade quase nunca pode ser alcançada pelo legislador, que raciocina sempre abstratamente), as causas devem ser reunidas. A abertura do sistema de tutela jurisdicional coletiva é, também aqui, postura digna de elogios. O § 3º do art. 55 do CPC já foi uma ampliação legislativa das hipóteses de conexão, que exatamente porque percebeu o regramento anterior como *insuficiente*.

Essa cláusula geral do § 3º do art. 55 do CPC aplica-se integralmente ao exame da conexão em causas coletivas. Assim, tramitando diversas causas sobre um ilícito ambiental, reputa-se correta a sua reunião em um único juízo para o fim de evitar decisões conflitantes ou contraditórias, mesmo que tendo objetos distintos. Contudo essa regra tem a limitação decorrente do princípio da imediação. O juízo adequado nas causas ambientais será tendencialmente aquele do local do epicentro do dano. Muitas vezes a contradição será aparente, diante das peculiaridades locais do caso em análise.

4. Sobre o art. 29 do Código Modelo, ver DIDIER Jr., Fredie. "Capítulo V: de la conexión, de la litispendencia y de la cosa juzgada". *Código Modelo de Procesos Colectivos - um diálogo Iberoamericano*. Antonio Gidl e Eduardo Mac-Gregor (coord.). México: Porrúa, 2008, p. 309-313.

- b) Como se observa com certa clareza, o texto da Lei n. 7.347/1985 considera *prevento* o juízo que conheceu do primeiro processo (*propositura da ação*). A demanda considera-se proposta na data em que a petição inicial foi protocolada (art. 312, CPC). Sucede que não basta o protocolo para que haja a prevenção, pois há necessidade de identificar-se quem é o juízo da causa, que será o *prevento*; essa identificação far-se-á pelo registro ou pela distribuição (art. 59, CPC); somente haverá distribuição se houver mais de um juízo igualmente competente para o processamento da causa.
- c) A conexão em causas coletivas submete-se ao mesmo regime jurídico da conexão individual: o magistrado pode conhecê-la de ofício e a qualquer tempo, podendo ser alegada por qualquer das partes. Sobre o regime jurídico da conexão, ver o v. 1 deste *Curso*.
- d) Também merece atenção o fato de a legislação coletiva não haver mencionado a *continência*, espécie de relação entre causas distintas. A opção também é boa.

A *continência* é instituto muito controvertido e pouco claro. Na legislação brasileira, por exemplo, a *continência* é uma espécie de conexão (art. 57, CPC), com pequena alteração no seu regramento. Há, ainda, quem confunda *continência* com *litispendência parcial*⁵.

Conexão e litispendência são institutos que resolvem as questões que dizem respeito à relação entre causas pendentes: ou elas são idênticas (*litispendência*) ou elas, embora distintas, mantêm um vínculo recíproco que justifica o seu processamento simultâneo (*conexão*). Não há necessidade de regramento de uma terceira situação.

O art. 2º, par. ún., da Lei n. 7.347/1985 aplica-se também à *continência*⁶. Neste sentido há inclusive um enunciado da súmula do STJ: "489: Reconhecida a *continência*, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual".

5. É o que parece acontecer com a proposta de Código de Processos Coletivos formulada pelas Universidades do Estado do Rio de Janeiro e a Estácio de Sá: "Art. 7º. *Litispendência e continência* - A primeira ação coletiva induz *litispendência* para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados. § 1º. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito. § 2º. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz *prevento* em caso de conexão".

6. BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 128.

1.3. Cooperação jurisdicional nacional e a conexão probatória (art. 69, CPC).

A cooperação entre órgãos jurisdicionais brasileiros pode efetivar-se por meio da prática de "atos concertados entre os juízos cooperantes" (art. 69, IV, CPC). O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário (art. 69, § 3º, CPC).

Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no auxílio no cumprimento de decisões liminares, no estabelecimento de procedimento para a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos (art. 69, § 2º, II).

O dispositivo aplica-se, evidentemente, ao processo coletivo.

importante Parece clara, agora, a possibilidade de uma "conexão probatória" entre causas coletivas, de modo a que os órgãos jurisdicionais unifiquem a produção da prova, racionalizando os custos do processo e observando a necessidade de duração razoável. Trata-se de mais um fundamento para o reconhecimento de uma conexão probatória entre ações coletivas – além do já mencionado princípio da eficiência (art. 8º, CPC). Uma conexão probatória que não prejudica a imediação do juízo do local do fato.

1.4. Conexão após o julgamento de uma das ações coletivas: art. 55, § 1º, CPC, n. 235 da súmula do STJ e a distinção feita no CC 144.922/MG.

A regra geral, prevista no art. 55, § 1º do CPC e no enunciado da súmula nº 235, STJ, prescreve que não se reúnem os processos conexos se um deles já tiver sido julgado. A regra se justifica pelas mesmas razões que determinam a reunião: eficiência (economia processual) e evitar decisões conflitantes. Se o caso já foi julgado, não há vantagem em reunir os processos. Não há vantagem porque não haverá economia processual, não há vantagem porque não se corre o risco de decisões conflitantes. A segunda ação deve ser "recortada" para se limitar aquilo que não for objeto da ação já julgada, prosseguindo no juízo competente em relação a matéria que sobejar. Em caso de identidade total de ações, haverá extinção da segunda ação.

Contudo, podem existir exceções ao enunciado da súmula.

7. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, capítulo sobre competência, item 2.3.7.

O STJ, no conflito de competência do Caso Samarco (desastre ambiental ocorrido na barragem de Fundão, em Mariana/MG), afirmou a inaplicabilidade do enunciado da súmula STJ n. 235 ("a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado"), criando distinção (art. 489, § 1º, VI, CPC). A regra não foi aplicada por se tratar de a) conexão sincrônica (na mesma data tramitavam mais de uma ação em juízos distintos); b) a sentença ter sido proferida em ação cautelar, enquanto ainda tramitava ação principal. Nos termos do voto: "não há como entender excepcionada a regra de conexão, nos termos sugeridos pela referida Súmula, pois permanece o risco de se chegar a decisões conflitantes". (CC 144.922/MG, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 09/08/2016).

2. LITISPENDÊNCIA

2.1. Considerações gerais sobre a litispendência

Litispendência é palavra que assume dois significados na dogmática processual: a) pendência da causa, o percorrer criativo da existência do processo;⁸ b) "pressuposto processual" negativo, que obsta a repropositura de demanda ainda pendente de análise. Embora distintos, os significados se entrelaçam: é que, havendo processo pendente (litispendência), o réu, uma vez novamente demandado, informa ao magistrado desse novo processo que já pende processo com o mesmo conteúdo, ou seja, informa que já há *litispendência*.

Este capítulo adotará a segunda acepção.

Normalmente, costuma-se afirmar que há *litispendência*, neste último sentido, quando houver triplíce identidade entre os elementos da demanda: se dois ou mais processos são iniciados pela mesma demanda (com mesmas partes, pedido e causa de pedir). Não são *duas ou mais* demandas com os mesmos elementos; na verdade, é a mesma demanda que deu origem a dois ou mais processos distintos⁹.

8. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 97. Assim, também, Nicola Picardi: "Litispendenza. - Intesa come inizio della pendenza della lite, si raccolga al primo contatto tra due dei protagonisti del processo". (Appunti di diritto processuale civile: il processo ordinario di cognizione, le impugnazioni. Milano: Giuffrè, 2003, p. 4)

9. É o que está posto, por exemplo, nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 337 do Código de Processo Civil brasileiro: "§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2º Uma ação é idêntica à outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. § 3º Há litispendência quando se repete ação, que está em curso".

Essa definição de *litispendência* é correta, mas é *insuficiente*. A *tríplice identidade* dos elementos da demanda é apenas o caso mais emblemático de litispendência. Trata-se do exemplo mais claro do fenômeno. Mas não é o único¹⁰.

Há litispendência quando pendem processos com mesmo conteúdo. A mesma *situação jurídica controvertida* é posta em mais de um processo para ser resolvida. Enfim, há litispendência quando o Poder Judiciário é provocado a solucionar o mesmo problema em mais de um processo.

Cabe um exemplo de litispendência sem tríplice identidade, como forma de ilustrar a lição.

Qualquer um dos condôminos pode propor demanda para proteger o condomínio. Se o condômino "A" e o condômino "B" propuserem demanda para a proteção do bem condominial, fundada na mesma causa de pedir, dando origem a processos diversos, haverá litispendência, mesmo sem identidade da parte autora¹¹.

O exame do tema "litispendência entre ações coletivas" não pode prescindir desta premissa.

2.2. Litispendência entre demandas coletivas

2.2.1. Generalidades. Litispendência entre demandas coletivas propostas por legitimados diversos

Para a correta compreensão do tema, é preciso lembrar ao estudioso que a legitimação *ad causam* nas ações coletivas é *extraordinária* (o legitimado age em nome próprio defendendo interesse da coletividade) *concorrente* (há vários legitimados) e *disjuntiva* (qualquer um deles pode propor sozinho a demanda coletiva), conforme examinado no capítulo próprio deste Curso.

Assim, é possível que uma mesma ação coletiva possa ser proposta por ou contra diferentes legitimados. É possível, portanto, que haja

10. "Assim, diante de tais situações excepcionais, que revelam a insuficiência da teoria dos *tria eadem*, duas regras devem ser observadas quanto à sua incidência prática: a) não constitui ela um critério absoluto, mas, sim uma 'boa hipótese de trabalho', até porque ninguém se arriscou a apontar outra que superasse; e b) quando for inaplicável, perante uma situação concreta, deve ser relegada a segundo plano, empregando-se, em seu lugar, a teoria da identidade da relação jurídica". (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001, p. 213).

11. Ver, com outros exemplos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294.

litispendência sem identidade entre as partes autoras. A identidade de parte autora é irrelevante para a configuração da litispendência coletiva¹²⁻¹³ (no caso da *ação coletiva passiva*, essa irrelevância dirá respeito ao polo passivo do processo).

2.2.2. Efeito da litispendência entre demandas coletivas com partes distintas

Há um grave problema quanto à eficácia do fato processual "litispendência" na tutela coletiva.

Normalmente, costuma-se atribuir à litispendência o efeito de extinguir o *segundo* processo sem exame do mérito (p. ex., art. 485, V, CPC).

Muito embora a nossa legislação seja omissa a respeito, essa será a consequência quando houver litispendência entre causas coletivas, com tríplice identidade dos elementos da demanda. Trata-se de solução geral, cuja aplicação não é incompatível com o microsistema da tutela coletiva.

Quando ocorrer litispendência com partes diversas, porém, a solução não poderá ser a extinção de um dos processos, mas, sim, a *reunião deles*

12. Assim, GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 219; "Litispendência em acciones colectivas". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos - hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Cidade do México: Porrúa, 2003, p. 324; MATTOS, Luiz Norton Baptista de. "A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojeto do Código Brasileiro de Processos coletivos". *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 198; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 272-275; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 331; GODINHO, Robson Renault. "Notas sobre a litispendência no processo coletivo". *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Rodrigo Mazzei, Teresa Arruda Alvim Wambier e Thereza Alvim (coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 893-894; LUCON, Paulo Henrique dos Santos, GABBAY, Daniela Monteiro, ALVES, Rafael Francisco e ANDRADE, Tathiana Chaves de. "Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência)". *Tutela coletiva*. Paulo Henrique dos Santos Luccon (coord.). São Paulo: Atlas, 2006, p. 192; WAMBIER, Teresa Arruda. "Litispendência em ações coletivas". *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 280-295. No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp n. 1.318.917/BA, Rel. Min. Antonio Carlos Ferrelra, j. em 12.03.2013, publicado no DJe de 23.04.2013.

13. Para manter a exigência da tríplice identidade para a configuração da litispendência, seria possível afirmar que, no caso, as partes em sentido material (sujeitos da relação jurídica discutida) são os mesmos, o que é verdade. As partes processuais (os autores) é que seriam distintas. (GIDI, Antonio. "Litispendência em acciones colectivas". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos - hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Cidade do México: Porrúa, 2003, p. 324). A construção, embora correta do ponto de vista técnico, não deve ser estimulada, pois exige do aplicador a manipulação do conceito de parte, ora utilizado apenas em sentido processual (para a imputação dos deveres processuais, por exemplo), ora utilizado em sentido material, como seria neste caso.

para processamento simultâneo. É que de nada adiantaria extinguir um dos processos, pois a parte autora, como colegitimada, poderia intervir no processo sobrevivente, na qualidade de assistente litisconsorcial. Por uma medida de economia, se isso for possível (se houver compatibilidade do procedimento e respeito às regras de competência absoluta), os feitos devem ser reunidos. É muito mais prático e rápido reunir as causas do que extinguir um dos processos e permitir que o legitimado peça para intervir no processo que sobreviveu, requerimento que dará ensejo a um incidente processual, com ouvida das partes e a possibilidade de interposição, ao menos teórica, de algum recurso.

Não se pode dizer que, por isso, haveria uma confusão entre *conexão* e *litispêndência*.

interessante { A reunião dos processos não é um efeito exclusivo da conexão, que, aliás, como visto, pode ter outros efeitos, como a suspensão de um dos processos. Não há um "efeito da conexão" e um "efeito da litispêndência". O efeito de um fato jurídico é determinado pelo direito positivo. Fatos diversos podem ter efeito semelhante (dolo e coação geram a invalidade do negócio jurídico); um único fato pode gerar mais de um efeito (o vício oculto da coisa pode gerar a resolução do negócio ou o abatimento do preço); fatos diversos podem ter, obviamente, efeitos diversos (a litispêndência com tríplice identidade gera extinção de um dos processos e a litispêndência sem tríplice identidade gera a reunião deles).

Diante do silêncio da legislação, é preciso identificar qual é o efeito jurídico adequado para a litispêndência com partes distintas. Segundo pensamos, esse efeito é o da reunião dos processos, e não a extinção de um deles, adequado para os casos de litispêndência com tríplice identidade.

Ademais, "uma vez havendo representantes adequados que sejam diferentes, embora em idêntica qualidade jurídica, a extinção de uma das demandas seria contrária aos princípios da efetividade e do acesso à justiça que norteiam a tutela jurisdicional supraindividual. Certamente, não sendo possível a reunião de demandas conexas ou litispêndentes (para os casos em que apenas o legitimado ativo é pessoa diversa), em razão do estágio em que se encontrem (em graus diferentes de jurisdição, por exemplo), a solução deverá ser, *de lege ferenda*, a suspensão do processo, com a aplicação do art. 265, IV, do CPC" [art. 313, V, CPC-2015]. Ou seja, "a identidade de demandas impõe o sobrestamento das causas prejudicadas,

até o julgamento da causa prejudicial, com fulcro no art. 265, IV, a, do CPC [art. 313, V, "a", CPC-2015]"¹⁴⁻¹⁵.

Resumo

Não obstante possam produzir o mesmo efeito jurídico, *conexão* e *litispêndência* são fatos distintos: *conexão* pressupõe a existência de duas ou mais causas diferentes; *litispêndência* pressupõe a pendência de duas ou mais causas iguais. A observação é importante, principalmente para que se evite a repropósito de demanda que já fora julgada.

2.2.3. Identidade da situação jurídica substancial deduzida

Repita-se o que se disse anteriormente: se a mesma situação controvertida for apresentada para solução jurisdicional em processos diversos, há litispêndência. Há litispêndência quando se busca o reconhecimento ou efetivação de uma mesma situação jurídica (baseada nos mesmos fatos), em processos diferentes; ou seja, há litispêndência quando se discute direitos ou deveres de um mesmo grupo.

Há alguma confusão a respeito do tema na doutrina.

14. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas. Identidade total ou parcial. Conexão, continência e litispêndência. A aparente diversidade no polo ativo. Conflito positivo de competência. Reunião dos processos perante o juízo preventivo*. In: A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 409, texto entre colchetes é nosso. Assim, também, LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 273-274; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 222.
15. Em sentido contrário, entendendo que deve ser caso de extinção do segundo processo, com possibilidade de intervenção do autor coletivo no processo sobrevivente, GIDI, Antonio. "Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito". *Revista de Processo*. São Paulo, RT, 2003, n. 111; *Execução civil - estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 370; *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 769; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 334; WAMBIER, Teresa Arruda. "Litispêndência em ações coletivas". *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 287. Também não aceitando a "reunião dos processos", sob o fundamento de que "o processamento conjunto de ações repetidas não acarreta qualquer vantagem para a eficiente prestação jurisdicional", MATTOS, Luiz Norton Baptista de. "A litispêndência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos coletivos". *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watana-be (coord.). São Paulo: RT, 2007. p. 199. Robson Renault Godinho, após salientar o caráter prático e operacional da litispêndência, entende que os critérios de política legislativa são variáveis, conclui que pela análise tópica dos valores em jogo, não descartando a reunião dos processos: "Devido à dimensão social imanente ao processo coletivo, deve ser evitada sua extinção precoce e açodada sem exame do mérito, observando-se que a técnica deve estar a serviço da efetividade. Na análise dos elementos do processo, a extinção pura e simples de um deles pode trazer mais prejuízos que a reunião de todos, que possibilitará uma participação democrática, uma instrução mais ampla e uma postulação mais segura. Inclino-nos, assim, pela solução que não descarta a reunião dos processos, desde que assim se preservem, no caso concreto, os valores e a efetividade do processo coletivo" ("Notas sobre a litispêndência no processo coletivo", cit., p. 892 e 898-899).

No art. 30 do Código Modelo para a Ibero-América consta referência à identidade do "bem jurídico" discutido como fator determinante da litispendência entre ações coletivas. A referência a "bem jurídico", porém, não parece adequada.

Bem jurídico é o objeto da relação jurídica (dinheiro ou um imóvel, por exemplo). Isso não é relevante para a caracterização da identidade de demandas. Confira-se esse exemplo. Uma determinada lesão ao meio-ambiente pode gerar um processo em que se pede ressarcimento pecuniário do dano ambiental; um outro legitimado pode propor ação coletiva em que se pede o ressarcimento do dano ambiental, mas na forma específica, e não em dinheiro (p. ex., com o reflorestamento da área desmatada). Há litispendência entre essas ações coletivas, embora o bem jurídico pretendido seja diverso (dinheiro e reflorestamento, respectivamente), pois em ambas se discute a mesma *situação jurídica*, decorrente do mesmo fato jurídico: o direito coletivo de ressarcimento dos prejuízos ambientais¹⁶. Há litispendência, não obstante os pedidos serem diversos. O termo "bem jurídico" só faria sentido para a caracterização da litispendência se, nesse caso, "o direito à reparação ambiental" fosse entendido como o "mesmo bem jurídico"¹⁷. Sucede que "direito à reparação ambiental" é uma situação jurídica, e não um bem jurídico, que é objeto daquela.

A proposta de Código de Processos Coletivos para países de Direito escrito, formulada por Antonio Gidi, não comete esse equívoco: "19. A primeira ação coletiva proposta induz litispendência para as demais ações coletivas relacionadas à mesma controvérsia coletiva"¹⁸. A redação, como se vê, é mais simples e correta. Peca, porém, por ser composta por termos muito vagos, o que certamente tornará mais difícil ao aplicador distinguir entre as situações de litispendência e conexão coletivas (na conexão, as causas coletivas, embora distintas, também se relacionam a uma mesma controvérsia, sendo exatamente esse o fundamento da existência de conexão).

16. Sobre o direito ao ressarcimento em dinheiro e na forma específica, MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: RT, 2002, p. 158; DIDIER Jr., Fredie, OLIVEIRA, Rafael, BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, v. 2, p. 373; TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*. São Paulo: RT, 2004, p. 358.

17. Compreendendo "bem jurídico coletivo" como qualquer espécie de "direito coletivo" (*lato sensu*), LUCON, Paulo Henrique dos Santos, GABBAY, Daniela Monteiro, ALVES, Rafael Francisco e ANDRADE, Tathiana Chaves de. "Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência)". *Tutela coletiva*. Paulo Henrique dos Santos Luccon (coord.). São Paulo: Atlas, 2006, p. 187.

18. GIDI, Antonio. "Código de processo civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito". *Execução civil - estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; *Revista de Processo*. São Paulo, RT, 2003, nº 111; ver anexo neste Curso.

Em outro texto, Antonio Gidi defende que haverá litispendência entre ações coletivas, quando se esteja "em defesa do mesmo direito". E arre-mata que isso acontece quando houver "identidade de causa de pedir e de pedido"¹⁹. A conclusão do autor está correta (o mais importante para a caracterização da litispendência é a identificação da situação jurídica controvertida), mas é preciso observar, como visto acima, que é possível que haja litispendência sem identidade do objeto do pedido.

2.2.4. Litispendência entre as demandas coletivas que tramitam sob procedimentos diversos

Segundo o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

De acordo com esse princípio, a tutela jurisdicional coletiva é atípica: qualquer procedimento pode servir à tutela de um direito coletivo (em sentido amplo).

Admite-se, como já visto, a tutela de um direito coletivo por meio de diversos procedimentos: ação civil pública (procedimento regulado pela Lei n. 7.347/1985), pela ação popular (procedimento regulado pela Lei n. 4.717/1965), pelo mandado de segurança (procedimento regulado pela Lei n. 12.016/2009), pela ação de improbidade administrativa (procedimento regulado pela Lei n. 8.429/1992) etc. Vários procedimentos servem, pois, à tutela de direitos coletivos.

É plenamente possível, por exemplo, que uma *ação civil pública* verse sobre o mesmo tema de uma *ação popular*. Nesses casos, inclusive, a jurisprudência do STJ tem identificado uma ação popular *multilegitimária* (STJ, 1ª T., REsp n. 401.964/RO, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 22.10.2002, publicado no DJ de 11.11.2002, p. 155), ou seja: é possível que uma mesma ação coletiva tramite por procedimentos diversos. Embora com procedimentos distintos, haveria litispendência se ajuizadas simultaneamente, já que a similitude do procedimento é irrelevante para a configuração daquela²⁰.

19. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

20. Assim, também, LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 275; GRINOVER, Ada Pellegrini. "Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência". *Ação civil pública*. Edis Milare (coord.). São Paulo: RT, 1995, p. 23.

No mesmo sentido, defendendo a reunião dos processos para evitar os julgamentos conflitantes, José Marcelo Menezes Vigliar.²¹

O mesmo raciocínio aplica-se ao art. 19 da Lei n. 12.846/2013, que prevê ação civil pública anticorrupção para sancionar a pessoa jurídica infratora ao: a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representam vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé; b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; c) dissolução compulsória de pessoa jurídica; d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. Ao Ministério Público também estão disponíveis as sanções do art. 6º, quando constatada a omissão das autoridades administrativas. É preciso perceber que algumas das sanções previstas nos arts. 6º e 19 poderiam ser já objeto de pedido na ação popular e na ação civil de improbidade administrativa, dada a atipicidade destas ações; logo, possível a reunião de todas elas.

2.2.5. Há litispendência entre uma ação coletiva que versa sobre direitos difusos e outra que versa sobre direitos individuais homogêneos?

Há quem entenda não haver litispendência entre ação coletiva que discuta direito difuso e outra que discuta direitos individuais homogêneos, ainda que ambas estejam fundamentadas nos mesmos fatos (causa de pedir remota)²². Essa é a posição correta.

Todavia, embora não haja litispendência entre uma ação coletiva que verse sobre direitos difusos e uma ação coletiva que verse sobre direitos individuais homogêneos, há, entre elas, uma relação de preliminaridade (sobre a conexão por preliminaridade, cf. o v. 1 deste Curso). Considera-se questão preliminar aquela cuja solução, conforme o sentido em que se pronuncie, cria ou remove obstáculo à apreciação da outra. A própria possibilidade de apreciar-se a segunda *depende*, pois, da maneira por que

21. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Lei 13.004, de 24.06.2014: "ação civil pública popular" ou "ação popular civil pública"? In: MILARÉ, Edis. *A Ação Civil Pública após 30 Anos*. São Paulo: RT, 2015, p. 477-479.

22. "Vejam os exemplos em que haja violação de direito difuso e de direitos individuais homogêneos simultaneamente. Uma publicidade enganosa (violação de direito difuso) induz grande quantidade de consumidores a adquirir um terreno num loteamento clandestino (violação de direitos individuais homogêneos). Uma ação coletiva proposta para que a publicidade seja tirada do ar e a comunidade indivisivelmente considerada indenizada (...) não induz litispendência ou coisa julgada para a ação coletiva proposta para a indenização de cada um dos consumidores individualmente lesados". (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 220)

se resolva a primeira²³. A preliminar é uma espécie de obstáculo que o magistrado deve ultrapassar no exame de uma determinada questão. "A procedência da ação coletiva em defesa de direito difuso torna desnecessária a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos", em razão da extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual²⁴.

Essa relação de preliminaridade gera *conexão* entre as causas, que implica reunião dos processos para julgamento simultâneo. Note que ação coletiva que versa sobre direito difuso é preliminar àquela que versa sobre "direitos individuais homogêneos", pois a depender da solução que se der a ela, a segunda demanda nem será examinada. Aqui se aplica o art. 55, § 3º, do CPC.

Não é esse, porém, o entendimento de Elton Venturi, para quem parece certo afirmar que o ajuizamento da ação coletiva "veicula, necessariamente, pretensão de tutela de direitos individuais homogêneos, produzindo, portanto, ou a litispendência ou a continência, respectivamente, em relação a eventuais outras ações que intentem a mesma pretensão fundadas nas mesmas causas de pedir (...)". Entende o autor que, na ação coletiva que versa sobre direitos difusos, há "pedido implícito" de tutela de direitos individuais homogêneos²⁵. E arremata, afirmando que essa situação revelaria nítida "duplicidade de tutela coletiva", proibida pelo sistema de tutela jurisdicional brasileiro²⁶. Note, porém, que a lição do autor vale para o direito brasileiro, em que a coisa julgada coletiva (direitos difusos) é transportada *in utilibus* para o plano individual (art. 103, § 3º, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor).

A proposta, embora inteligente, não abarca todos os casos, podendo ser útil e necessária a cumulação de pedidos. Por exemplo, o juiz poderá determinar na condenação genérica os critérios para a atualização dos valores e até mesmo a indenização *standard* (valor padrão) para os casos individuais. Sem o pedido de condenação genérica fica vedado ao juízo, pelo menos em nosso sistema, decidir esse capítulo da sentença, não se

23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares". *Direito processual civil - ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsol, 1971, p. 87.

24. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 220-221. E, seguindo o seu raciocínio, o autor continua: "É preciso avaliar a possibilidade de cumulação em uma mesma ação coletiva de dois pedidos: um em defesa de direito difuso, e outro em defesa dos correspondentes direitos individuais homogêneos. (...) não há interesse processual na cumulação dos pedidos em vista da extensão legal erga omnes da coisa julgada para beneficiar as esferas individuais dos consumidores". (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 222). Remanesce, contudo, o interesse, quando em uma demanda de DPH, na condenação genérica, o juiz, desde logo, fixe um parâmetro ou patamar mínimo para as indenizações individuais, pedido que se não efetuado explicitamente fica vetado na prolação da decisão.

25. VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 337.

26. VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 334, nota 13.

podendo falar, também, por consequência, na reparação fluída para fins de tutela integral (*fluid recovery*) de que fala o art. 100 do CDC. Se não existem indenizações individuais a serem pagas, não existirá a ação para garantir a integralidade do ressarcimento caso elas não sejam em número suficiente para reparar o dano.

3. RELAÇÃO ENTRE A AÇÃO COLETIVA E A AÇÃO INDIVIDUAL

3.1. A ação coletiva não induz litispendência para a ação individual

O art. 104 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor cuida de reger a relação entre a ação coletiva e a ação individual²⁷: a ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais.

A opção é correta.

Isso porque, realmente, não se está diante de ações idênticas. Nas ações coletivas, pleiteia-se o direito coletivo *lato sensu* (difusos, coletivos ou individuais homogêneos). Já nas ações individuais, busca-se a tutela de direito individual. As demandas veiculam afirmação de situações jurídicas ativas distintas; não podem ser consideradas idênticas.

3.2. O pedido de suspensão do processo individual. A ciência inequívoca da existência do processo coletivo e o ônus do demandado de informar o autor individual

Muito embora a coisa julgada coletiva não possa prejudicar os indivíduos, ela poderá beneficiá-los²⁸. O indivíduo pode valer-se da coisa julgada para o ajuizamento de ação de liquidação dos seus respectivos prejuízos (cf. a respeito os capítulos sobre coisa julgada e liquidação, neste volume do Curso). É o que se chama de transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual.

27. Segundo o art. 104 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

28. Recordamos, ao leitor, que essa afirmação deve ser tomada *cum grano salis*, ou seja, com prudência, já que em razão da maior amplitude da cognição nos processos coletivos dificilmente o autor do processo individual, mesmo que sobre ele não incida a coisa julgada, poderá obter provimento favorável. Para tanto, obrigatoriamente deverá demonstrar peculiaridades e particularidades de seu direito em relação ao direito coletivo.

MUITO IMPORTANTE!

Sucede que a extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva não ocorrerá "se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva" (art. 104 do CDC). Isso significa que se estiverem pendentes uma ação individual e uma ação coletiva correspondente, para que se beneficie da coisa julgada coletiva, é preciso que o indivíduo peça a suspensão do seu processo individual, no prazo de trinta dias contados do conhecimento efetivo da existência do processo coletivo.

O prosseguimento do processo individual (iniciado antes ou depois da propositura da ação coletiva, pouco importa) significará a exclusão do indivíduo-autor dos efeitos da sentença coletiva. Para tanto, é preciso que o indivíduo tenha optado pela continuação do seu processo individual, a despeito da existência do processo coletivo. Essa opção, porém, somente pode ser válida, se lhe foi garantida a ciência *inequívoca da existência do processo coletivo*. A ciência pode ser verificada de forma inequívoca quando ocorrer nos autos do processo. Trata-se de pressuposto para o exercício regular, pelo indivíduo, daquilo que, no regime da *class action* norte-americana, é chamado de *right to opt out*, ou o direito de optar por ser excluído da abrangência da decisão coletiva.

Nas *Federal Rules of Civil Procedure* (EUA), Rule 23, (c), 2, (B) há expressa menção à necessidade de ciência inequívoca ao indivíduo: "the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort". Na mesma regra, afirma-se que a comunicação (*notice*), para ser *fair* (justa), deve ser concisa e compreensível, contendo informações relacionadas à natureza da ação coletiva ajuizada, especificação do grupo a que se relaciona, aos direitos de inclusão e exclusão da eficácia da ação coletiva, entre outras coisas²⁹.

Para que o indivíduo, autor de ação individual, seja beneficiado com a sentença coletiva, é preciso que ele peça a suspensão do seu processo individual. Se ele, sabendo da pendência do processo, não pede a suspensão, exclui-se da incidência da coisa julgada coletiva. Existe prazo para pedir a suspensão (trinta dias, contados da ciência inequívoca da pendência do

29. "The notice must concisely and clearly state in plain, easily understood language: the nature of the action, the definition of the class certified, the class claims, issues, or defenses, that a class member may enter an appearance through counsel if the member so desires, that the court will exclude from the class any member who requests exclusion, stating when and how members may elect to be excluded, and the binding effect of a class judgment on class members under Rule 23(c)(3)".

processo coletivo), mas não há *prazo para a suspensão*, que deve “perdurar pelo tempo necessário ao trânsito em julgado da sentença coletiva”³⁰.

A decisão pelo prosseguimento do processo individual, a despeito do processo coletivo, é um negócio jurídico unilateral dispositivo. O indivíduo abdica de uma posição jurídica de vantagem – poder beneficiar-se do processo coletivo. Assim, parece mais acertado exigir poder especial do advogado para veicular esse desejo da parte – consoante o art. 105 do CPC, para a prática de atos dispositivos (renúncia, desistência, reconhecimento da procedência do pedido, confissão etc.), o advogado tem de possuir poder especial, expressamente previsto na procuração. O silêncio da parte, após a intimação para manifestar-se sobre a existência do processo coletivo, não deve ser interpretado como renúncia tácita à jurisdição coletiva: silente a parte, suspende-se o processo individual: interpreta-se o silêncio de modo mais favorável ao indivíduo.

Se o indivíduo não teve ciência da existência do processo coletivo, não pode ser prejudicado com o prosseguimento do processo individual. O indivíduo tem o direito de ser informado sobre a pendência do processo coletivo, cabendo ao réu proceder a essa informação. É o que corretamente sugere o parágrafo único do art. 31 do Código Modelo para a Ibero-América. Observe que há um interesse do réu nessa comunicação, pois evita que ele seja demandado mais de uma vez ao mesmo tempo em torno de uma mesma situação³¹. Cria-se, então, um ônus para o réu: trata-se de ônus, encargo do próprio interesse, e não dever; é ônus, pois, se não for cumprido, o autor individual beneficiar-se-á da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a sua ação individual ser rejeitada. Trata-se de regra em consonância com o princípio da boa-fé processual, principalmente em relação ao princípio da cooperação.

O pedido de suspensão do processo individual pode ser feito até a sentença. Após a sentença, só é possível o pedido de suspensão se houver interposição de recurso, que impede o trânsito em julgado da decisão³².

Outra questão diz respeito à possibilidade de revogação do pedido de suspensão em razão de um arrependimento do indivíduo. Antonio Gidi entende ser possível tal revogação³³. A princípio, não há óbice a essa possibilidade, mas, para que seja possível aceitá-la nos limites do devido processo, ela deverá ser devidamente informada em ambas as demandas (individual e coletiva), já que ao exercer a revogação a parte individual

estará renunciando aos benefícios de eventual tutela coletiva favorável. É preciso observar, ainda, o respeito à boa-fé processual.

Antonio Gidi apresentou sugestão interessante para complementar a regra ora comentada: o dever de o réu da ação coletiva informar ao juízo e ao autor da ação coletiva a propositura das ações individuais³⁴. Note que o Código Modelo para a Ibero-América prevê um ônus do réu na ação individual informar a pendência da ação coletiva. É muito possível que, com base nos princípios da boa-fé processual e cooperação (arts. 5º e 6º, CPC), reconheça-se a existência desse dever processual do réu da ação individual: informar a existência de processo coletivo correlato, até mesmo para a avaliação da possibilidade de suspensão *ex officio* do processo individual, tal como examinado mais a frente.

Surge uma dúvida, finalmente: qual a consequência, sobre o processo individual que fora suspenso, do trânsito em julgado da decisão favorável no processo coletivo?

Questão intrinseca
Parece que a melhor solução é considerar este fato (o trânsito em julgado) como fato superveniente que interfere na decisão do caso individual; assim, aplicando o art. 493 do CPC, o juiz deveria tomar a coisa julgada coletiva como fundamento para julgar procedente o pedido individual, iniciando-se imediatamente a liquidação, ou, alternativamente, considerar reduzido o objeto litigioso do processo individual: de certificação de todos os elementos da norma jurídica individualizada (“se deve”, “quem deve”, “a quem se deve”, “o que deve” e “quanto deve”) para a certificação de apenas alguns desses elementos (“a quem se deve” e “quanto se deve”). Essa solução foi adotada pela 2ª S. do STJ, no REsp n. 1.189.679/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 24.11.2010, publicado no DJe de 17.12.2010.

3.3. A desistência do mandado de segurança individual em razão da pendência do mandado de segurança coletivo. Art. 22, § 1º, de Lei n. 12.016/2009. Possível inconstitucionalidade. Apelo ao microssistema

O § 1º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 é regra relativamente nova no microssistema da tutela jurisdicional coletiva.

30. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 193, nota 447.
31. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 201-203.
32. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 199.
33. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 205.
34. “20.2 O réu identificará ao juiz da ação coletiva e ao representante do grupo as ações individuais relacionadas à mesma controvérsia, à medida em que sejam propostas”. (GIDI, Antonio. “Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito”. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, 2003, n. 111; *Execução civil – estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 370; *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 770)

No 2005

O § 1º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 foge à regra geral do microsistema: o indivíduo deverá desistir do mandado de segurança individual, em vez de pedir a suspensão do processo. A regra é estranha e pode revelar-se inconstitucional se, no caso concreto, a desistência implicar a perda do direito fundamental ao mandado de segurança, que deve ser exercitado em cento e vinte dias (art. 23 da Lei n. 12.016/2009). Seria restrição irrazoável ao direito fundamental ao mandado de segurança.

Explica-se: a desistência do mandado de segurança, embora não implique decisão de mérito (e, portanto, suscetível de tornar-se indiscutível pela coisa julgada), pode redundar na perda do direito fundamental ao mandado de segurança, que não poderia ser renovado, após eventual insucesso do mandado de segurança coletivo, em razão da necessidade de observância do prazo de cento e vinte dias previsto no art. 23 da mesma lei. Pode ser que a desistência não implique necessariamente essa perda (como nos casos de mandado de segurança contra omissão, que não se submete ao mencionado prazo). Mas a regra será a perda da oportunidade de discutir o seu direito individual por mandado de segurança.

Assim, dificilmente o impetrante desistirá do mandado de segurança, com toda razão. A situação que se pretendia evitar (pendência da ação coletiva e de ação individual sobre o mesmo tema) permanecerá ocorrendo. A solução legislativa é bem ruim.

O dispositivo tende a tornar-se letra morta. A tendência é a jurisprudência considerar que o mais adequado seja a suspensão do processo individual, conforme a regra geral do microsistema. Essa interpretação pode, inclusive, fundamentar-se na relação de preliminaridade (a procedência da ação coletiva torna desnecessário o julgamento de mérito da ação individual) entre a ação coletiva e a ação individual, que autoriza a suspensão do processo individual com base no art. 313, V, "a", CPC³⁵.

Não será a primeira vez que regras processuais precisam ser adequadas às peculiaridades do mandado de segurança.

O § 1º do art. 21 do Regimento Interno do STF autorizava o relator a extinguir o processo, em caso de incompetência. A regra excepcionava o CPC, que determina a remessa dos autos ao juízo competente nos casos de reconhecimento da incompetência (art. 64, § 3º, do CPC). O STF percebeu

35. A mesma ressalva aplicável ao mandado de segurança coletivo também se aplica ao mandado de injunção coletivo, tendo em vista que o art. 13, par. único da Lei 13.300/2016: "Parágrafo Único. O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva".

que, se a regra fosse aplicada ao mandado de segurança, o impetrante não teria mais como impetrar o seu mandado de segurança perante o tribunal competente, exatamente em razão do mencionado prazo (MS n. 25087 ED/SP, j. em 21.9.2006, MS n. 26.244 AgR/DF, publicado no DJU de 23.2.2007, e MS n. 26.006 AgR/DF, j. em 2.4.2007). Assim, o dispositivo foi alterado (Emenda Regimental n. 21/2007), para reproduzir o regramento do CPC: a incompetência no STF implica remessa dos autos ao órgão jurisdicional competente, e não mais extinção do processo.

3.4. Há continência entre ação coletiva e ação individual?

Vimos que uma ação coletiva não induz litispendência no plano individual. Remanesce, porém, a dúvida: seria possível considerar o pedido da ação coletiva mais abrangente do que o da ação individual e, portanto, reconhecer a existência de continência entre essas demandas?

Ricardo de Barros Leonel afirma não ser possível falar em continência, pois, além da diversidade de parte ativa, as causas de pedir de ambas dificilmente seriam idênticas, e os pedidos sempre distintos. E arremata: "Os pedidos são substancialmente diversos: o indivíduo, na sua ação, pretende, v.g., o ressarcimento pelo dano que lhe foi pessoalmente causado, enquanto na ação coletiva o que se pretende é a reparação do dano ocasionado ao interesse metaindividual. Não se trata de diversidade quantitativa, como poderia a princípio parecer, mas sim qualitativa, a inviabilizar por absoluto o reconhecimento da continência entre as duas demandas, a coletiva e a individual"³⁶. Para o autor, não há continência nem mesmo entre ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos e ação individual³⁷. O autor, mudando o seu entendimento em edição mais recente da sua obra, não considera mais ser possível conexão entre ação coletiva e individual, pois, "a finalidade do processo é resolver a lide coletiva. É para isso que o sistema prevê a possibilidade de suspensão das ações individuais para que o autor possa se beneficiar do julgado coletivo. Além disso a reunião entre uma ação individual e uma ação coletiva trará mais prejuízo prático que benefícios, inclusive para o indivíduo: o exame de sua pretensão certamente ficaria atrelado à maior demora, normalmente ocorrente, no exame da ação coletiva, dada a maior complexidade que frequentemente se apresenta nas ações civis públicas"³⁸.

36. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 276.

37. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 276.

38. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 278.

Não nos parece que o efeito da conexão/continência entre ação coletiva e ação individual deva ser o da reunião dos processos, que, certamente, tumultuaria muito a condução do procedimento. É mais adequado imputar a esse fato o efeito da suspensão do procedimento da ação individual, à espera do julgamento da causa coletiva, até mesmo *ex officio*, pelo tribunal, conforme será demonstrado em próximo item. Aliás, é essa a disciplina do julgamento de casos repetitivos, que permite inclusive a suspensão nacional. Porém, deve ser observado, sempre, o princípio de que a ação coletiva no Brasil não constitui óbice à tutela individual do direito, permitindo-se ao autor da ação individual a exclusão e a continuação de seu processo sempre que a referida suspensão *ex officio* ultrapassar prazo razoável. No caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, essa norma foi prevista expressamente (art. 980, parágrafo único, CPC).

3.5. O direito à autoexclusão (right to opt out) no microsistema brasileiro de tutela coletiva

O direito à autoexclusão da jurisdição coletiva consiste no poder jurídico de o indivíduo, por expressa manifestação de vontade, renunciar à jurisdição coletiva. Exercido esse direito, a jurisdição coletiva não produzirá efeitos na situação jurídica do indivíduo que se excluiu.

O exercício do *right to opt out* não implica renúncia da situação jurídica individual: o indivíduo não "abre mão" do seu direito à indenização, por exemplo; ele não quer, isso sim, que esse direito seja tutelado no âmbito coletivo, pois prefere, pelas mais variadas razões, a tutela jurisdicional individual. Ao excluir-se, o indivíduo "não será prejudicado pela sentença desfavorável" e "também não poderá ser, naturalmente, beneficiado pela coisa julgada da sentença favorável"³⁹.

Nem todo sistema jurídico, que prevê a tutela coletiva, contém regramento sobre o direito de autoexclusão.

No direito estadunidense, por exemplo, as ações coletivas (*class actions*) previstas no art. 23, (b)(1) e (b)(2), das *Federal Rules*, não permitem autoexclusão: são, por isso, denominadas de *mandatory class action* ou *no opt out class action*⁴⁰.

Ou seja: não há um imperativo teórico que imponha a existência da possibilidade de o indivíduo excluir-se da jurisdição coletiva.

39. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 300.

40. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 291.

Há um outro ponto digno de nota: a existência do direito à autoexclusão pressupõe, logicamente, um prejuízo; por exemplo, que a coisa julgada coletiva estenda os seus efeitos para o âmbito individual, qualquer que seja o resultado do processo (*pro et contra*)⁴¹.

De fato, só há sentido em permitir que o indivíduo se exclua voluntariamente da jurisdição coletiva se ela puder prejudicá-lo. Este prejuízo poderá decorrer da espera pelo julgamento do processo coletivo, pela ausência de confiança no sistema processual coletivo e pela simples vedação da tutela individual, o que será averiguado pelo autor da ação individual, no nosso sistema, titular exclusivo deste direito.

O direito brasileiro não prevê a possibilidade de o indivíduo excluir-se da jurisdição coletiva por simples comunicação nos autos do processo.

Isso decorre da regra da eficácia apenas *in utilibus* da coisa julgada coletiva na esfera individual, como será examinado no capítulo sobre coisa julgada, mais à frente.

O tema não passou despercebido por Antonio Gidi, especialista no tema: "não faz qualquer sentido permitir aos membros se excluírem do... grupo, uma vez que eles não serão mesmo atingidos pela coisa julgada desfavorável. Não haverá do que se excluir"⁴².

Se o indivíduo não quiser o benefício que advém do processo coletivo, basta, simplesmente, que não proceda à liquidação e à execução da sua pretensão individual.

No Brasil, pelo menos por ora, para que o indivíduo se exclua da jurisdição coletiva, é preciso que, tendo proposto sua ação individual e sido devidamente cientificado da existência de um processo coletivo, decida pelo prosseguimento do processo individual (art. 104, CDC; art. 22, § 1º, Lei n. 12.016/2009). Esse é o modo de *abdicar expressamente da jurisdição coletiva no direito brasileiro*, ato que não implica, repita-se, renúncia ao direito discutido.

Não tem qualquer eficácia jurídica a comunicação feita pelo indivíduo, em um processo coletivo, de que não deseja os efeitos da jurisdição coletiva, seja pela ausência de interesse, tendo em vista a inaptidão do processo coletivo para prejudicá-lo, seja pelo fato de que esse comportamento, por não significar renúncia à situação jurídica individual, não

41. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 306.

42. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 306.

importante

impede o ajuizamento de posterior ação individual de conhecimento ou, até mesmo, executiva⁴³.

Exatamente porque esse ato de "renúncia" é ineficaz, nada impede que o sujeito se retrate e peça a sua "reinclusão", desde que antes de ser julgada a ação individual, principalmente pela absoluta ausência de prejuízo para a parte contrária, que, por isso mesmo, sequer teria interesse processual em opor-se a essa pretensão de "reingresso". Isso porque ela evitaria um novo e inevitável processo (já que não houve renúncia ao direito individual), em que seria chamada a defender-se.

3.6. Possibilidade de suspensão do processo individual independentemente de requerimento da parte. O julgamento do REsp n. 1.110.549/RS (recurso especial repetitivo) e o CPC

De acordo com a nossa legislação, é possível, portanto, coexistirem ação coletiva e ação individual. O ajuizamento da ação coletiva não impede o prosseguimento da ação individual, que somente será suspensa a requerimento do indivíduo. O objetivo, como se vê, é proteger o acesso à justiça do titular do direito individual.

O tema já foi examinado pelo STJ, que decidiu (CC nº 47.731/DF, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 05.06.2006):

"6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais - invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) -, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado

43. "Como se vê, o nosso modelo não prevê o *right to opt out* do processo norte-americano, o que aliás bem se compreende, porque dentre nós, para que alguém não seja alcançado pela eficácia da coisa julgada coletiva, basta... não integrar o processo onde ela virá a se formar. Depois, em nosso ambiente processual coletivo tal sorte de *aviso de extromissão* se afiguraria bizarra, porque implicaria em se admitir que alguém intervisse no processo coletivo apenas para dizer que... não pretende a ele aderir; ora, se essa é a intenção, basta a singela postura omissiva. Entendimento diverso acarretaria, como *dano marginal*, o perigo de que as iterativas defecções do bojo do processo coletivo - por demandarem uma breve interlocução - acabariam por tumultuar o rito, e, no limite, comprometer a dimensão coletiva do interesse judicializado, abalando a sua coesão interna". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 577, grifos do original)

com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. *Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito*".

Parece-nos que o STJ perdeu a oportunidade de avançar nesta matéria e prestigiar a tutela coletiva, que, se não é a panaceia, certamente se configura como mais um remédio adequado e eficaz para a solução do grave problema da morosidade da justiça e da diversidade de decisões judiciais em torno de um mesmo assunto.

A jurisprudência poderia, de maneira criativa, dando concreção aos direitos fundamentais da efetividade da tutela jurisdicional, da duração razoável do processo e da segurança jurídica, encaminhar-se no sentido de reconhecer como de interesse público (não ficando na dependência da vontade do particular, que muitas vezes desconhece a existência de uma ação coletiva) a suspensão das ações individuais, se pendente ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos. Trata-se de uma exigência decorrente da necessária racionalização do exercício da função jurisdicional, como forma de evitar decisões diversas para situações semelhantes, o que violaria o princípio da igualdade. A aplicação dessa regra, permitindo a suspensão dos processos individuais por prejudicialidade, conforme o dispositivo do art. 313, V, *a* do CPC, já foi utilizada com sucesso em diversos precedentes do Rio Grande do Sul no caso dos expurgos inflacionários da poupança. Trata-se de evidente aplicação do *princípio da efetividade, adequação e da flexibilização dos procedimentos* aos processos coletivos.

Trata-se de solução já existente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (art. 21 da Lei nº 9.868/1999)⁴⁴ e no âmbito do recurso especial e extraordinário repetitivos (art. 1.036, § 1º, CPC). Mesmo para quem não considera a ADC ou ADIN (ações de controle concentrado de constitucionalidade) espécies de ação coletiva⁴⁵, não

44. "O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta dos seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento".

45. Um dos autores deste livro entende que a ADI e a ADC são espécies de ação coletiva: "As ações de controle concentrado se enquadram como coletivas, pois: a) têm legitimidade extraordinária exclusiva concorrente para ajuizá-las, tão-somente, os entes elencados no rol legal; b) predisõem-se à defesa de um direito coletivamente considerado, a saber, direito à defesa da ordem constitucional; c) transcorrem por meio de procedimento especialmente criado para tanto; d) e, por fim, a imutabilidade do

importante!

haveria qualquer óbice à interpretação analógica. Como já vimos acima, esse efeito, ademais, vale para o incidente de resolução de demandas repetitivas e, consequentemente, se aplica às ações coletivas (art. 982, I e § 3º, CPC).

O sistema jurídico brasileiro, com o CPC-2015, sofreu diversas alterações, exatamente para minimizar a possibilidade de decisões divergentes sobre a mesma questão de direito, envolvendo pessoas que estão em uma *situação-de-fato tipo* (contribuintes, servidores, segurados, consumidores etc.). Criou-se, como um dos maiores exemplos desta preocupação, o precedente normativo formalmente vinculante (arts. 926, 927 e 489, § 1º, V e VI), além de reforçar o modelo de julgamento de casos repetitivos, com extensa disciplina do julgamento de casos repetitivos (art. 928; arts. 976 a 987; arts. 1.036 a 1.041).

A ideia serve a todo sistema jurídico que dê força vinculativa aos precedentes judiciais, notadamente aqueles proferidos por cortes superiores, o que é o nosso caso.

No REsp. n. 1.110.549-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 28.10.2009, decidiu-se que "ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva".⁴⁶ A decisão foi impugnada por recurso extraordinário, não conhecido pelo STF sob o fundamento de que o tema era infraconstitucional (STF, ARE n. 738.109, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 26.09.2013).

Essa suspensão pode dar-se *de ofício* pelo órgão julgador. Conforme acentua o relator, "a faculdade de suspensão, nos casos multitudinários abre-se ao Juízo, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que se frustra se estrangulada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma e única lide, de modo que válida a determinação de suspensão do processo individual, no aguardo do julgamento da macrolide trazida no processo de ação coletiva".

Realmente, de nada adiantaria não autorizar a suspensão *ex officio*, quando os recursos especiais provenientes destas causas repetitivas

comando da decisão atingirá toda a coletividade". (DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. "Aspectos processuais da ADIN (ação direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)". *Ações constitucionais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2006, p. 355). Também neste sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 58-62.

46. No mesmo sentido, STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl no AREspn. 210.833/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 24.09.2013, publicado no DJe de 02.10.2013; STJ, 2ª T., AgRg nos EDcl no AREspn. 206.694/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, j. em 19.09.2013, publicado no DJe de 27.09.2013; STJ, 1ª Seção, REsp n. 1.353.801-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 14.8.2013, publicado no Informativo 527.

poderiam ter o seu curso sobrestado, *ex officio*, por decisão do ministro do STJ. Era preciso dar coerência ao sistema. Mais uma vez, é preciso ceder a palavra ao Min. Sidnei Beneti: "Note-se que não bastaria, no caso, a utilização apenas parcial do sistema da Lei dos Processos Repetitivos, com o bloqueio de subida dos Recursos ao Tribunal Superior, restando a multidão de processos, contudo, a girar, desgastante e inutilmente, por toda a máquina jurisdicional em 1º Grau e perante o Tribunal de Justiça competente, inclusive até a interposição, no caso, do Recurso Especial. Seria, convenha-se, longo e custoso caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos judiciários e as próprias partes conscientes concordarão em poupar-se, inclusive, repita-se, em atenção ao interesse público de preservar a viabilidade do próprio sistema judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macrolides".

Deixou-se claro que esse entendimento "não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor [...] com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais [...]". A vítima não fica impedida de *ajuizar* a sua demanda, mas o processo respectivo poderá ser suspenso. Demais disso, poderá influenciar a decisão do processo coletivo, seja intervindo na qualidade de *amicus curiae* (art. 138), seja pela intervenção de que trata o art. 94 do CDC. Deve-se apenas atentar para a duração da suspensão, que deve ser a menor possível, principalmente quando o objeto da ação civil pública envolver questão de fato cuja prova é meramente documental.

Essa decisão revela como é possível "reconstruir" o sistema jurídico a partir da interpretação correta dos textos normativos já existentes. Trata-se de uma das mais importantes decisões do STJ sobre a tutela jurisdicional coletiva e a tutela individual dos direitos individuais homogêneos. O STJ deu um grande passo na racionalização do sistema de tutela dos direitos, dando-lhe mais coerência e eficiência. Percebe-se que mudanças legislativas, às vezes, são desnecessárias; a mudança do repertório teórico do aplicador é muito mais importante. A decisão é bem-vinda e benfazeja.

Na maior parte dos casos que levaram a essa decisão, atualmente será mais adequado aplicar a técnica do incidente de resolução de demandas repetitivas, que disciplina exaustivamente o assunto. Sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, ver o capítulo sobre julgamento de casos repetitivos, no v. 3 deste Curso.

3.7. Comunicação da existência de processos repetitivos ou outro fato que possa dar ensejo ao ajuizamento de ação coletiva (Art. 7º da Lei n. 7.347/1985 e Art. 139, X, do CPC)

O art. 7º da Lei n. 7.347/1985 tem regra interessante: "Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis".

Note que a lei brasileira confere ao magistrado um poder-dever de conteúdo bem aberto, notadamente porque impõe a comunicação de fatos que possam dar ensejo à propositura de qualquer ação coletiva.

Esse dispositivo cria um *dever* para o órgão jurisdicional: tomando conhecimento da existência de vários processos individuais semelhantes propostos contra o mesmo demandado, por exemplo, o juiz deverá comunicar o fato ao Ministério Público e a outros legitimados para que, querendo, proponham a ação coletiva. O objetivo é racionalizar o uso do Poder Judiciário, prestigiando o ajuizamento de ação coletiva, em vez de centenas ou milhares de ações individuais.

É preciso fazer, porém, algumas observações.

- a) Os "diversos processos individuais tramitando contra o mesmo demandado, com o mesmo fundamento", hipótese aventada, são as chamadas "ações repetitivas", aquelas cuja causa de pedir remota é bastante parecida e a causa de pedir próxima é um direito de mesma natureza. São, exatamente, as ações individuais relacionadas aos direitos individuais homogêneos. É o que acontece nos litígios de massa, como as causas previdenciárias, as tributárias, as que envolvem servidores públicos, consumidores etc., sujeitos que se encontram em uma situação fático-jurídica semelhante. Nessas causas, discute-se normalmente a mesma tese jurídica, distinguindo-se apenas os sujeitos da relação jurídica discutida. São exemplos: discussão de reajuste salarial para uma categoria profissional, inexigibilidade de certo tributo, determinado direito em face de uma concessionária de serviço público etc. Mas não se aplica apenas a esses casos; a regra, como a entendemos, deve ser conjugada com o art. 7º da Lei n. 7.347/1985; portanto, mesmo nos casos em que o juiz vislumbrar direitos difusos e coletivos, deverá comunicar ao Ministério Público. É o caso de diversas ações de usucapião ajuizadas em relação a uma mesma comunidade, a denotar a necessidade de um processo coletivo de regularização fundiária; de ações de proprietários lindeiros em face de prejuízos

decorrentes de poluição ambiental de um rio, a exigir a atuação para tutela do meio ambiente etc.

Após o CPC-2015, para essas causas repetitivas há a possibilidade de o juiz suscitar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, CPC).

importante

- b) Perceba que não há conversão de um processo individual em uma ação coletiva. Há, simplesmente, a comunicação da existência de várias ações individuais ou de algum fato que dê origem a uma ação coletiva, para que, se for o caso, seja iniciado um *novo processo*, agora coletivo. Os processos individuais e coletivos originários continuarão existindo; terão ou não o seu curso suspenso, a depender da manifestação do autor individual ou do colegitimado.

O art. 333 do CPC, que previa a conversão da ação individual em coletiva, foi vetado pela Presidência da República.

- c) O art. 139, X, CPC prevê que o juiz: "quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, [deverá] oficial ao Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados [...] para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva". Aplica-se aqui o que se explicou acima.

CAPÍTULO 6

Legitimação *ad causam* nas ações coletivas

Sumário • 1. Natureza jurídica da legitimação coletiva – 2. Legitimação extraordinária coletiva decorrente de negócio processual: impossibilidade, como regra – 3. Legitimação ativa – 4. Características da legitimação coletiva – 5. O problema do interesse do substituto – 6. Controle jurisdicional da legitimação coletiva: 6.1. Generalidades; 6.2. Notas sobre o controle da “representação adequada” no direito estrangeiro; 6.3. Legitimação adequada nos litígios globais, locais e de difusão irradiada: a tensão entre legitimação e participação. A contribuição de Edilson Vitorelli – 7. Consequência da falta de legitimação coletiva ativa – 8. Legitimidade ativa das Defensorias Públicas – 9. “Legitimidade *ad causam* ou *ad processum*” no mandado de segurança coletivo. Perspectivas. – 10. Notas sobre litisconsórcio na ação de improbidade administrativa: litisconsórcio entre “agentes tidos como ímprobos” e litisconsórcio entre o “agente ímprobo” e a pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário – 11. O RE n. 573.232/SC e a utilização do precedente pelo STJ: substituição processual das associações *versus* representação processual mediante autorização – 12. Outros problemas relacionados à legitimidade ativa do Ministério Público.

1. NATUREZA JURÍDICA DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA

No estudo da legitimação para a tutela coletiva, um dos aspectos sobre os quais a doutrina brasileira mais se debruçou foi a sua natureza jurídica, tema central para entender o modelo brasileiro de processos coletivos.

Três foram as correntes que se estabeleceram: a) legitimação ordinária, b) legitimação extraordinária; c) legitimação autônoma para a condução do processo.¹ Existem ainda alguns autores que simplesmente contestam a possibilidade de engajar a legitimação coletiva nas categorias tradicionais, sem optar expressamente pela terceira corrente, mas alegando fundamentos muito próximos de teoria do direito, dando ênfase à autonomia e à exclusividade da tutela coletiva; defendem, enfim, que se constitui um *tertium genus*.²

1. Essa última tese foi originalmente proposta por Nelson Nery Jr., com fundamento na doutrina alemã. Como veremos, contudo, o autor revisou seu entendimento original. Seguiram essa vertente, entre tantos, os trabalhos de GIDI, Antonio. *Cosa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*, p. 44; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo Brasileiro: Um Novo Ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, p. 499/500.

2. No Brasil, Thereza Alvim, sustenta ser uma legitimação própria, coletiva, autônoma, como *tertium genus*, sendo acompanhada por grande parcela da doutrina. ALVIM, Thereza. *O Direito Processual de Estar em Juízo*. p. 118 e segs.; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação Civil Pública*. In: DIDIER JR, Fredie.

Cabe esclarecer os conceitos.

Legitimação ad causam ordinária e *legitimação ad causam extraordinária* são conceitos jurídicos fundamentais processuais.

Há *legitimação ordinária* quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute uma situação jurídica de que se afirma titular. Há *legitimação extraordinária* quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute situação jurídica cuja titularidade afirmada é de outro sujeito. Na *legitimação ordinária*, age-se em nome próprio na defesa dos próprios interesses; na *legitimação extraordinária*, age-se em nome próprio na defesa de interesse alheio.

Trata-se de dois conceitos jurídicos muito bem amadurecidos e amplamente difundidos.

Com o desenvolvimento do processo coletivo, naturalmente houve a tendência de buscar o enquadramento da *legitimação ad causam coletiva* em uma das categorias mencionadas.

Como a *legitimação extraordinária* pressupõe a autorização do ordenamento jurídico (art. 18, CPC brasileiro), houve quem defendesse que a *legitimação* para o processo coletivo era *ordinária*: a associação civil iria a juízo defender seus interesses institucionais.³ Esta tese justificava-se

Ações Constitucionais. 5ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 392. Igualmente discordando da "dicotomia clássica", fazendo incidir a tônica da legitimação na autonomia e na exclusividade, conjunta ou separadamente: VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 212/219; VIGLIAR, José Marcelo. *Ações Coletivas*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 69; LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 158-159; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, 6ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 84/85. Adotando o conceito de legitimação extraordinária apenas para fins didáticos, mas afastando-se da noção clássica: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 415, nota 1; e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118-120. (art. 18). Por outro lado, propondo um modelo misto: "A legitimidade será ordinária na medida em que ela seja a regra geral do sistema, e extraordinária na medida em que seja a exceção" (sic). CARVALHO, Acélio Rodrigues. A Natureza da Legitimidade para Agir no Sistema Único de Tutelas Coletivas: Uma Questão Paradigmática. In: GOZZOLI, Maria Clara; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. *Em Defesa de Um Novo Sistema de Processos Coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60. Observe-se que muitos autores atribuem uma natureza diversa aos direitos individuais homogêneos e, em razão dessa distinção, também uma natureza diversa à legitimação *ad causam* na tutela desses direitos, posição da qual nos afastamos. Apenas para exemplificar: "No entanto, quando a ação coletiva visar à tutela de direitos individuais homogêneos, haverá substituição processual, isto é, legitimação extraordinária". (SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 53)

3. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 57, p. 98. Também, VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo — la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979, p. 150; WATANABE, Kazuo. "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir". *A tutela dos interesses difusos*. Ada Pellegrini Grinover (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97.

historicamente em um tempo em que não se consagrara *de lege lata* o extenso rol de legitimados coletivos atualmente existente (art. 5º, Lei n. 7.347/1985, p. ex.). Defendia-se a legitimação ordinária como uma estratégia de ampliação do acesso à tutela jurisdicional coletiva. Atualmente, não faz mais sentido defender essa tese⁴, que de resto não é tecnicamente correta: o legitimado à demanda coletiva não vai a juízo na defesa de interesse próprio; o objeto litigioso do processo coletivo é uma situação jurídica de que é titular um grupo (coletividade), que não é legitimado para defendê-la em juízo; o interesse institucional não é o objeto do processo coletivo; ele é apenas a *causa* da atribuição da legitimação coletiva a determinado ente.

A legitimação ao processo coletivo é *extraordinária*: autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade. Não há coincidência entre o *legitimado* e o *titular* da situação jurídica discutida. Quando não há essa coincidência, há legitimação extraordinária — esta é a posição adotada por este *Curso*, que de resto parece ser a majoritária na jurisprudência brasileira, muito embora ainda não tenha sido pacificada na doutrina.

Essa é a finalidade da Teoria Geral do Processo, esclarecer e sistematizar conceitos e permitir o avanço da ciência.⁵ A atividade do cientista é crítica e projetual em relação ao ordenamento jurídico posto.⁶ Além de explicar o direito positivo, ela permite a reconstrução das normas e a atualização dos conceitos. Daí ser possível incluir a legitimação coletiva no âmbito da legitimação extraordinária.

A dicotomia *legitimação ordinária-legitimação extraordinária* é apta a explicar qualquer espécie de legitimação, até mesmo por um imperativo lógico: ou se vai a juízo defender situação jurídica de que se afirma titular, ou se vai a juízo defender situação jurídica cuja titularidade é imputada a terceiro — entre os opostos contraditórios não há meio termo, *tertium non datur*.

Não obstante, houve quem reputasse imprescindível a criação de uma terceira espécie de *legitimação ad causam*, apta a explicar o que ocorre no âmbito da tutela coletiva. Propôs-se, então, a designação *legitimação autônoma para a condução do processo* — tratar-se-ia de tradução de uma

4. Como reconhece um dos antigos adeptos deste posicionamento, WATANABE, Kazuo. "Processo civil de interesse público: introdução". *Processo civil e interesse público — o processo como instrumento de defesa social*. Carlos Alberto de Salles (org.) São Paulo: RT, 2003, p. 18.

5. DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, *passim*.

6. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia. Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007, v. I, p. 39.

categoria desenvolvida pela doutrina alemã: *selbständige Prozeßführungsbezugnis*. A proposta justificava-se da seguinte maneira: o legitimado não vai a juízo na defesa do próprio interesse, portanto não é legitimado ordinário, nem vai a juízo na defesa de interesse alheio, pois não é possível identificar o titular do direito discutido.⁷ A ideia angariou adeptos.⁸

A nova categoria é preta de equívocas.

i) Toda legitimação *ad causam* é um poder para a condução do processo. Nada há de especial, portanto, que justifique acrescentar à designação da categoria esse qualificativo, cujo enunciado passa a ser tautológico (algo como "legitimação para ser legitimado").

ii) Legitimação autônoma é conceito lógico-jurídico útil à visualização das espécies de legitimação extraordinária. Há legitimação extraordinária autônoma quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. "O contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário".⁹ Reputá-la autônoma é inútil para distingui-la da legitimação extraordinária. Ao contrário, a legitimação autônoma é espécie de legitimação extraordinária.

Legitimação autônoma para a condução do processo é designação que poderia ser reduzida a, simplesmente, legitimação autônoma. E, assim, espécie de legitimação extraordinária. Tudo o que pode ser dito pode ser dito de maneira simples (Wittgenstein).

iii) A categoria desenvolvida pela doutrina alemã e citada como espécie de *tertium genus* é, na verdade, uma espécie de legitimação extraordinária (substituição processual). Percebeu o ponto Márcio Mafra Leal, que explica: "no caso específico da doutrina apontada por Nery,

7. "A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito (...) a legitimidade para a defesa de direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (...): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo." (NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1.885)
8. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 159; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 58-59; VIGLIAR, José Marcelo. *Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2005, p. 65-66; FREIRE JR., Américo Bedê. "Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada". *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 67, entre outros, já citados acima.
9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1969, n. 404, p. 10.

baseada na concepção de Hadding, a legitimação autônoma [...] decorre do seguinte: a substituição processual (*Prozessstandschaft*), em tese, ocorre por autorização do substituído ou em decorrência de um direito específico violado que permite a substituição. No caso da ação coletiva, a substituição se dá sem que se leve em conta o interesse concreto do grupo de indivíduos substituído e, por isso, tratar-se-ia de uma substituição processual distinta".¹⁰

iv) A diferença na espécie consiste em que o substituto não precisa demonstrar o seu próprio interesse processual na ação; o interesse de agir que autoriza a ação, independentemente de conexão com o interesse do substituto, é o interesse do grupo.

A proposta não se justifica, portanto. Cria-se uma categoria desnecessária e equivocada. Misturam-se conceitos jurídicos processuais fundamentais, comprometendo a qualidade e a inteligibilidade da argumentação jurídica.

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery mantêm a referência à legitimação autônoma para a condução do processo.¹¹

2. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA COLETIVA DECORRENTE DE NEGÓCIO PROCESSUAL: IMPOSSIBILIDADE, COMO REGRA

Uma discussão que pode surgir após o CPC-2015 é de saber se é lícita a legitimação extraordinária coletiva de origem negocial, a partir da combinação entre os arts. 18, que permite a legitimação extraordinária decorrente do ordenamento jurídico, e o 190, ambos do CPC, que permite as convenções processuais atípicas.

10. LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 126, nota 233.
11. NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil - Novo CPC - Lei 13.105/2015*. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2015, p. 255, entende que: "Por essa legitimação autônoma para condução do processo, o legislador, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso e coletivo" (idem, ibidem). Defendendo a legitimação autônoma como espécie de legitimação ordinária, "[...] partindo do esquema processual tradicional, pode-se afirmar que, nas ações coletivas que tenham por objeto a proteção de direitos difusos e coletivos, a legitimação de tais entes é ordinária, que agem com legitimidade para a condução autônoma do processo. O legitimado não está defendendo um direito alheio em nome próprio porque não se pode, rigorosamente, identificar o titular do direito" SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 52-53, referindo a posição de Nery Jr nos comentários à LACP e a posição de Rodolfo de Camargo Mancuso, como concordantes.

Admite-se a legitimação extraordinária de origem negocial¹². Mas essa permissão pressupõe que a legitimação seja transferida, por convenção processual, de um legitimado ordinário para o extraordinário.

No caso da tutela coletiva, isso seria, em princípio, inadmissível, por duas razões: a) não há legitimado ordinário na tutela coletiva, pois o grupo titular da situação jurídica coletiva não tem capacidade de ser parte e, muito menos, legitimação ordinária para defender os próprios direitos em juízo; b) caso fosse possível que um legitimado extraordinário coletivo atribuísse a outro ente essa legitimação, estaríamos diante de uma clara fraude à lei, fonte da legitimação para a tutela coletiva: um ente, sem autorização legal nem autorização do titular do direito discutido, estaria em juízo na defesa de direito de que não é titular. Assim, não se admite a atribuição negocial de legitimação extraordinária coletiva.

Uma ponderação, no entanto, pode ser feita em relação às comunidades indígenas, possivelmente o único grupo que, além de ter capacidade de ser parte, tem legitimidade para ir a juízo defender os próprios direitos. Nesse caso, tem-se uma legitimação ordinária para a tutela coletiva e, por isso, pode-se admitir que a comunidade indígena atribua a outrem, por convenção processual, legitimação extraordinária para a tutela de suas situações jurídicas.

3. LEGITIMAÇÃO ATIVA

A atribuição de legitimação ativa coletiva apresenta-se, sobretudo, como uma questão de política legislativa, visto que se encontra intimamente ligada ao problema da extensão subjetiva da coisa julgada. Qualquer alternativa tomada pelo legislador, quanto à primeira, tende a refletir-se na estrutura do processo e no seu resultado, determinando as pessoas que serão atingidas pela decisão judicial e para quem ela será imutável.

Os sistemas que têm por base a *class action* adotam a legitimação fundada na "adequada representação". Em outras palavras, significa que os princípios correlatos ao devido processo legal se confirmam, então, pelo controle dessa legitimação pelo juiz. É que as partes "representam" a classe, ou seja, a classe está presente no julgamento. O contraditório e a ampla defesa são garantidos pela notificação adequada dos membros do grupo (*fair notice*) - e, como consequência, são estabelecidos o *right to opt*

12. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. p. 353-358.

out - direito de exclusão ou "de saída" do membro da classe - e o *binding effect* - vinculação por extensão subjetiva da coisa julgada.¹³

Decorre daí que nos sistemas com esse modelo a coisa julgada se forma para toda a classe, a imutabilidade do comando da sentença atinge a todos os membros *pro et contra* (independentemente da solução determinada na sentença). Nem poderia ser diferente, visto estarem todos legitimamente "representados" no litígio, não existindo motivo para rediscussão "eterna" do direito conflituoso.

Portanto, da "adequada representação" decorre coisa julgada *erga omnes e pro et contra*, para todos, tanto na procedência, quanto na improcedência da ação. Nesses sistemas, a representação poderá ser feita por particular (indivíduo membro do grupo), entidades privadas com objeto ligado ao direito conflituoso (associações ambientais, sindicatos) ou órgãos públicos criados para defesa desses direitos (Ministério Público ou *ombudsman* - nos países nórdicos) sendo sempre controlada a sua conformidade e ajustamento pelo órgão julgador.¹⁴

O direito brasileiro seguiu, porém, outro caminho.

Preferiu-se, aqui, indicar, na lei, expressamente, o rol de legitimados e estabelecer parâmetros objetivos, como a "representação no Congresso Nacional", para os partidos políticos e a existência legal (legalmente constituída) e pré-constituição (em funcionamento há pelo menos um ano), para as associações,¹⁵ no mandado de segurança coletivo, ou a legitimação da administração direta e indireta, Ministério Público, Defensoria Pública e associações no caso da Lei n. 7.347/1985.

Assim, são três as técnicas de legitimação mais utilizadas em ações coletivas e que foram adotadas no Brasil: a) legitimação do particular (qualquer cidadão, por exemplo, na ação popular, Lei n. 4.717/1965); b)

13. Ada Pellegrini Grinover, em raciocínio claro, desenvolve o tema e suas consequências: "A criteriosa aferição da representatividade adequada é apta a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, de modo que neste caso o julgado não atua propriamente *ultra partes*, na medida em que todos estão representados pelo portador em juízo dos direitos e interesses". (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada*, p. 83).

14. ZANETI JR., Hermes; FERRAZ, Claudio Ferreira. "Parens patrie: a doutrina da legitimação dos órgãos do Estado para tutela coletiva." *Revista de Processo*, v. 37, n. 212, p. 135-162, out. 2012.

15. Esse, também, é o sentir de Ada Pellegrini Grinover: "Mas o sistema brasileiro não escolheu o caminho do controle judicial da representatividade adequada, satisfazendo-se com o critério da existência legal e da pré-constituição das associações legitimadas às ações coletivas. Foi esse o caminho traçado pela denominada lei da ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), que seria depois incorporado pela Constituição no tocante ao mandado de segurança coletivo (inc. LXX, b do art. 5º da CF) e posteriormente pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 82, IV)". (GRINOVER, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 709-710).

legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo, mandado de segurança coletivo, art. 5º, LXX, da CF/1988); ou, c) legitimação de órgãos do Poder Público (Ministério Público e Defensoria Pública, por exemplo, na ação civil pública prevista na Lei n. 7.347/1985).¹⁶

Como afirma Barbosa Moreira, o art. 5º da Lei nº 7.347/1985 adotou uma "solução eclética" boa, pois o melhor mesmo é a "combinação entre as legitimações"¹⁷. E, ainda, de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "em sede de legitimação ativa, a lei brasileira apresenta igualmente maior amplitude, englobando concorrentemente, as diversas soluções adotadas em outros países".¹⁸ Essa postura adotada no Brasil tem a força e se apresenta como uma verdadeira e autêntica "política de liberação dos mecanismos de legitimação *ad causam*".¹⁹

Por esta razão podendo afirmar que o Brasil possui uma legitimação *plúrima e mista*, plúrima por serem vários os entes legitimados, mista por serem legitimados entes da sociedade civil e do Estado.

4. CARACTERÍSTICAS DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA

A simples assertiva de que se trata de legitimação por substituição processual não se revela suficiente à compreensão do tema. É preciso estabelecer quais são as características estruturais dessa legitimação.

Os juristas e o constituinte estavam preocupados em não diminuir os direitos individuais, cientes das dificuldades de formular uma autorização genérica (em lei), que fosse como a utilização de um machado, quando se requeria a delicada intervenção de um instrumento cirúrgico, um bisturi.²⁰ O principal interesse em jogo era o de encontrar a maneira de superar a insólita situação de milhares de processos, versando sobre o mesmo tema, sujeitos a decisões contraditórias e abarrotando o sistema judiciário. Ocorria, porém, a necessidade de tutela de situações jurídicas

16. A respeito, salienta GIDI que, "(...) a única forma de conciliar os aspectos positivos e diluir os problemas e os riscos emergentes é a técnica de combinação de algumas dessas propostas, atribuindo legitimidade tanto a entes públicos como a entes privados ou a particulares". GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 35.

17. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)". In: *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 163-167 esp. p. 164-165.

18. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance*, p. 95.

19. MILARÉ, Edis. Tutela "jurisdicional do ambiente". *Justitia*: São Paulo, 1992, nº 157, p. 66.

20. CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, p. 158.

que se encontravam em um limbo (direitos difusos e coletivos), destituídos de titularidade clara e de proteção jurisdicional, como consequência dessa dificuldade.

A técnica escolhida foi a da legitimação por substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva.

Há legitimação extraordinária *autônoma* quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. "O contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário".²¹

Há legitimação extraordinária *exclusiva*, se apenas o legitimado extraordinário puder ser a parte principal do processo, cabendo ao protagonista da situação litigiosa, se já não fizer parte da demanda, intervir no processo na condição de assistente litisconsorcial (litisconsorte ulterior). Nas ações coletivas, essa intervenção só é possível quando estiverem sendo discutidos direitos individuais homogêneos (art. 94 do CDC), ressaltando-se a situação da comunidade indígena, já mencionada, que possui legitimação coletiva ordinária.

Se é exclusiva e autônoma, quanto ao rol de legitimados, é, no entanto, *concorrente* entre os legitimados extraordinários. Há legitimação *concorrente* ou *colegitimação* quando mais de um sujeito de direito estiver autorizado a discutir em juízo determinada situação jurídica. Vários são os legitimados extraordinários para a tutela de direitos coletivos; qualquer um deles pode impetrar a ação coletiva.

A legitimação apresenta-se, ainda, *disjuntiva*, porque, apesar de *concorrente*, cada entidade legitimada a exerce independentemente da vontade dos demais colegitimados.²²

Por outro lado, a legitimação nas ações coletivas passivas deve estar preocupada ao máximo com a segurança jurídica e com o devido processo legal.

Enfim, o certo é que a legitimação coletiva possui as seguintes características: a) está regulada, inicialmente, por lei (art. 5º da Lei nº 7.347/85; art. 82 do CDC etc.), podendo ser aferida em concreto a presença

21. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apostamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, p. 10.

22. "Também é chamada *disjuntiva* no sentido de não ser complexa, visto que qualquer uma das entidades colegitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorização por parte dos demais colegitimados. É facultada, entretanto, a formação voluntária de litisconsórcio." (GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 38).

da adequada representação; b) é conferida a entes públicos, privados e despersonalizados, e, até, ao cidadão, na ação popular; c) o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, titulares de direitos individuais abstratamente considerados, na forma do art. 81 do CDC e seus incisos); d) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode atuar em juízo para proteger os seus direitos,²³ cuja defesa cabe aos legitimados coletivos, que possuem legitimação autônoma, exclusiva e concorrente e disjuntiva ou simples.

5. O PROBLEMA DO INTERESSE DO SUBSTITUTO

A questão do interesse do substituto processual assombra o processo civil por ser decorrente da necessidade presente - em quase todos os modelos processuais de direito comparado - de que o exercício da ação se justifique por um interesse pessoal e direto.

Waldemar Mariz de Oliveira, em estudo específico sobre substituição processual, com crítica à posição de Carnelutti, que entende imprescindível a vinculação de interesse jurídico do substituto para legitimar a substituição processual,²⁴ constrói sólido raciocínio sobre o ponto: "Exatamente por dar *exagerada importância ao interesse do substituto*, Carnelutti acabou por excluir, das hipóteses de substituição processual, as relativas ao capitão do navio e ao marido, na defesa dos bens dotais da mulher, por não vislumbrar na atuação, em juízo, daquelas pessoas, qualquer interesse próprio".

Forte na ideia de que o conceito de substituição é "eminentemente formal" (*rectius*: processual), Waldemar Mariz de Oliveira Junior vê na expressão "agir em nome próprio" (art. 18, CPC) uma ideia dissociada de vínculo ou interesse com o direito material. Assim, conclui: "É claro que tal asserção não impede possa existir, em jogo, um interesse pessoal do substituto, o qual, no entanto, não constitui, reiteramos, elemento de monta

23. Exceção ao quanto foi dito, e hipótese rara, talvez única, de atribuição de capacidade de ser parte a uma "comunidade", é a previsão contida no art. 37 da Lei Federal nº 6.001/73 (Estatuto do Índio): "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao Índio".

24. Para Carnelutti: "Hay sustitución cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte se debe, no a la iniciativa de ésta, sino al estímulo de un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio". CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. 5ª ed. Buenos Aires: EJE, 1959, v. 1, p. 176.

para caracterizar a substituição processual".²⁵ Exemplifica o autor citando o Ministério Público,²⁶ afirmando ser possível a substituição processual por seus representantes e assevera que eles "não são *insuflados por nenhum interesse pessoal*".

Alguma crise tem apresentado o Judiciário ao aferir a legitimidade do Ministério Público para propositura de ação coletiva que vise tutelar direitos individuais homogêneos. Pergunta-se o julgador acerca da legitimidade do *Parquet* para defesa de direitos patrimoniais disponíveis, pertencentes a titulares individuais.

A jurisprudência e a doutrina tendem a permitir o ajuizamento das ações, reconhecendo a legitimidade ativa, quer seja indisponível ou disponível o direito homogêneo alegado, desde que, neste último, se apresente com relevância social (presença forte do interesse público primário - relevante interesse social) ou amplitude significativa (grande o número de direitos individuais lesados).²⁷ Nestes casos, não serão simples direitos individuais, mas interesses sociais, finalidade afeta "sempre" ao Ministério Público. Daí a feliz síntese de Hugo Nigro Mazzilli: "Ora, qual a finalidade do Ministério Público? Segundo a própria Constituição, é a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais (sempre) e dos interesses individuais (apenas se indisponíveis)".²⁸

25. OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1969. p. 135 e 172. Reforça esse posicionamento na conclusão (nº 11): "A expressão 'agir em nome próprio' deve ser devidamente interpretada, dentro de um plano estritamente formal. Significa fazer-se sujeito da relação processual, na qualidade de autor ou de réu; tal atitude, por parte do substituto, independe da existência ou não de um interesse seu pessoal (cf. nº 64)." (idem, p. 175).

26. Exemplo da substituição processual pelo Ministério Público revela-se na anulação de casamento celebrado por autoridade incompetente (art. 208, II do C.C.). Cf. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1, p. 110.

27. Nesse sentido julgamento do STJ do qual se transcreve a ementa: "No caso *sub judice*, os beneficiários da demanda são, na sua maioria - ou arriscaria a dizer, todos eles - arrendatários de veículos. Por certo, não se encontrará um só que possa ser classificado como hipossuficiente. São em número inexpressivo, e pelo que se vê nos agravos já interpostos, muitos dos contratos têm por objeto automóveis de luxo, de elevado valor." (STJ, 3ª Turma, Resp. 267.499 - SC, Min. Ari Pargendler, j. 09.10.2001).

28. Entre muitos cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Intervenção do Ministério Público no processo civil: críticas e perspectivas*, p. 160. Explicitando a lição aduz o autor: "Em suma, aponto três causas de atuação para o Ministério Público no processo civil: a) atuação em decorrência de uma indisponibilidade ligada à qualidade da parte; b) atuação em decorrência de uma indisponibilidade ligada à natureza da relação jurídica; c) atuação em decorrência de um interesse que, embora não seja propriamente indisponível, tenha tal abrangência ou repercussão social, que sua defesa coletiva seja conveniente à sociedade como um todo (expressão social do interesse)" (idem, p. 162. Esta também é a visão de Leonel: "Quanto à legitimação do Ministério Público, anote-se que está habilitado a promover em juízo a defesa de toda e qualquer espécie de interesse metaindividual, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo. Especificamente quanto aos coletivos e individuais homogêneos, é viável a atuação do *Parquet* em juízo, desde que a situação protegida seja ampla e relevante, ganhando conotação social". LEONEL, Ricardo. *Manual do processo coletivo*, op. cit. p. 433.

Um dos primeiros progressos, na tutela dos direitos coletivos, foi legitimar ativamente os órgãos que o constituinte considerou "corpos intermediários da sociedade civil".²⁹ Dessa forma reconheceu sua participação, no controle do poder, como função fundamental para a democracia.

Portanto, a substituição processual independe da existência ou não de um específico interesse processual ou material do substituto;³⁰ o que se deve averiguar é a existência de um interesse processual na solução do conflito, decorrente da posição jurídica ocupada pelo grupo, sem relacioná-lo à figura do substituto processual. O interesse de agir deve ser examinado em relação à situação jurídica litigiosa posta em juízo e a posição do grupo, não sendo relevante a informação sobre quem seja o substituto processual.

Outra questão, a ser aferida no tópico que segue, refere-se à possibilidade de verificação da adequada representação, permitindo ao órgão julgador o controle jurisdicional (*ope judicis*) da correta "representatividade" dos substitutos processuais para garantir a melhor tutela dos direitos coletivos.

6. CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA

6.1. Generalidades

Há quem afirme que, no Brasil, para a averiguação da legitimação coletiva, é suficiente o exame do texto de lei.

Não poderia o magistrado, por exemplo, afirmar que um ente legalmente legitimado não tem, em determinado caso, o direito de conduzir o processo. Para essa doutrina, o legislador teria estabelecido um rol legal taxativo de legitimados, firmando uma presunção absoluta de que seriam "representantes adequados"³¹, não cabendo ao magistrado fazer

↳ 1) Corrente literal

29. CAPPELLETTI, Mauro. "Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2, n. 5, jan./mar. 1977.

30. É preciso atentar para o florescimento de doutrina restritiva que exige sempre presente o requisito da pertinência temática, agora também denominada "adequada representação". Neste sentido o art. 5º da LACP e o art. 82 do CDC já trazem a limitação do aforamento de ações coletivas somente consentâneas ao objeto estatutário quando ajuizadas por associação civil. O anteprojeto de Código Tipo, já mencionado, procura delimitar quais os requisitos para a avaliação da adequada representação, seguindo assim a orientação muito superior das *class actions* norte-americanas.

31. Cabe o esclarecimento feito por Antonio Gidi: "Quando se fala de 'representação', não se refere a 'representação' no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. 'Representante' aqui deve ser considerado como sinônimo de 'porta-voz': o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do

essa avaliação caso a caso. A verificação da *adequacy of representation* seria tarefa do legislador. A legitimação coletiva seria, pois, sempre, *ope legis*.³²

Há outros, porém, que, com base na experiência americana (art. 23 das *Federal Rules*)³³, admitem o controle judicial da "representatividade adequada".³⁴ Ou seja, permitem que o magistrado possa examinar e controlar a legitimação coletiva no caso concreto, conforme as características do legitimado. Nos Estados Unidos, geralmente, há exigência de que o legitimado seja um membro do grupo e apresente características próprias que lhe determinem como adequado representante do grupo.

Para esses autores, a legitimação no Brasil, mesmo dos entes públicos, deveria passar por um filtro judicial, não sendo bastante a previsão legal. Parte-se da seguinte premissa, que parece correta: não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva, pouco importando suas peculiaridades.

É preciso verificar, a bem de garantir a adequada tutela desses importantes direitos, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, preferivelmente previamente estabelecidos ou indicados em rol exemplificativo, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.

grupo, sendo seu portador em juízo". (A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, nº 108, p. 61-62).

32. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1427, nº 10. Adotando essa concepção, embora reconhecendo que ela não prevalece em regra, VIGLIAR, José Marcelo. *Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Salvador: Edições JusPodivm, 2005, p. 61-69.

33. Na legislação americana, a alínea (a)(4) da Federal Rule 23 of Civil Procedure considera como um dos requisitos de certificação das *class actions* que "the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class". Conferir amplamente: MULHERON, Rachel. *The Class Action in common law legal systems: a comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 276-319; GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99-129; ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 118-131.

34. Por exemplo, GIDI, Antônio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, nº 108, p. 61-70; GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, nº 361, p. 6. Barbosa Moreira, já em 1981, propunha que a lei conferisse a legitimação coletiva em termos flexíveis, reservando ao juiz "margem razoável de liberdade no exame de cada caso". ("Notas sobre o problema da efetividade do processo", cit., p. 36).

A definição de quem pode conduzir um processo coletivo dá-se em duas fases.

Primeiramente, *verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo. A seguir, o órgão julgador faz o controle in concreto da adequação da legitimidade* para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em discussão.

A necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva.³⁵ Nem mesmo o Ministério Público poderia ser considerado um legitimado coletivo universal, pois também em relação à sua atuação se imporia o controle jurisdicional da sua legitimidade.³⁶ O STF, na ADI n. 3.943, reconheceu que a Defensoria Pública tem legitimidade para a tutela coletiva *de acordo com as suas finalidades institucionais, ou seja, para a tutela dos necessitados*.

A tendência é a consagração legislativa da possibilidade desse controle judicial.

Entre os vários critérios para a verificação da representatividade adequada, um que atualmente tem apresentado utilidade prática pode servir de exemplo: exige-se que exista um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso. A jurisprudência do STF deu a este vínculo o nome de "pertinência temática".³⁷ Esse critério seria um, dentre vários, para a averiguação da adequação do legitimado coletivo.

A proposta de Código Modelo elaborada por Antonio Gidi, ressaltando a necessidade de se avaliar também a conduta dos advogados que irão representar a classe, traz outros critérios:

35. A possibilidade de o juiz dispensar o prazo mínimo de um ano de constituição, para que a associação proponha a ação coletiva, verificados certos requisitos, já é um sinal ostensivo de interferência judicial no controle da legitimação coletiva (art. 82, § 1º, do CDC; art. 5º, § 4º, da LACP).
36. Corretamente, neste sentido, GIDI, Antonio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, nº 108, p. 64.
37. "Ação direta de inconstitucionalidade. Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL. Falta de legitimidade ativa. - Na ADI 1.792, a mesma Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL não teve reconhecida sua legitimidade para propô-la por falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos então impugnados e os objetivos institucionais específicos dela, por se ter entendido que os notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais. - Sendo a pertinência temática requisito implícito da legitimação, entre outros, das Confederações e entidades de classe, e requisito que não decorreu de disposição legal, mas da interpretação que esta Corte fez diretamente do texto constitucional, esse requisito persiste não obstante ter sido vetado o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.868, de 10.11.99. É de aplicar-se, portanto, no caso, o precedente acima referido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida" (ADI 2482/MG, STF, Pleno, relator Min. MOREIRA ALVES, j. 02.10.2002, DJ de 25.04.2003, p. 32).

"3.1. Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores:

- 3.1.1. A competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência;
- 3.1.2. O histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo;
- 3.1.3. A conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores;
- 3.1.4. A capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva;
- 3.1.5. O tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo."

A jurisprudência brasileira já se encaminha nesse sentido, mesmo que com marchas e contramarchas.

O STF, por exemplo, entendeu que o Ministério Público não está autorizado a propor ações coletivas tributárias, nem aquelas relacionadas a direitos individuais disponíveis, embora não houvesse qualquer ressalva, neste sentido, no texto legal.³⁸

O objetivo dos processos coletivos é ver realizada uma justiça substancial mais efetiva e célere, atendendo a finalidade do interesse público de corrigir, em nome do cidadão, até mesmo opções de políticas públicas equivocadas por parte do Estado, a exemplo da norma tributária ilegal. Para atingir esses objetivos será necessária a depuração dos conceitos de representação adequada, procurando uma identificação entre a busca dessa representação adequada e a finalidade da tutela coletiva, principalmente como meio de coibir ofensas contra o interesse público primário. A exigência da representatividade adequada não pode tornar-se uma alternativa para "sentenças processuais", vedando o enfrentamento da matéria de fundo. No caso das decisões reiteradas do STF o que aconteceu foi a vedação, tout court, de ações civis públicas em matéria tributária e previdenciária.

No RE 631.111-GO, o STF reconheceu a relevância social nas ações civis públicas para discutir direitos individuais homogêneos relacionados ao DP-VAT - seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre - redundando no cancelamento, por consequência, o enunciado da súmula 470 do STJ. Neste mesmo julgamento, o STF relembrou os seguintes

38. STF, RE 195.056-1/PR. Sedimentando o entendimento do STF, editou o Presidente da República a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, acrescentando um parágrafo único ao art. 1º da Lei Federal nº 7.347/85, que expressamente veda a possibilidade da promoção de Ação Civil Pública em matéria tributária. O STJ, em julgado recente, entendeu de forma diversa e não aplicou a mencionada Medida Provisória: 1ª T., REsp nº 505.303/SC, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19.12.2003, p. 339.

precedentes quanto ao reconhecimento da legitimação do Ministério Público para tutela dos direitos individuais homogêneos: "É o caso dos direitos individuais homogêneos sobre o valor de mensalidades escolares (RE 163.231/S P, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/97, DJ de 29/06/2001), sobre contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (AI 637.853 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 17/09/2012), sobre contratos de leasing (AI 606.235 AgR/D F, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 22/06/2012), sobre interesses previdenciários de trabalhadores rurais (RE 475.010 AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 29/09/2011), sobre aquisição de imóveis em loteamentos irregulares (RE 328.910 AgR/S P, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 30/09/2011) e sobre diferenças de correção monetária em contas vinculadas ao FGTS (RE 514.023 AgR/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe de 05/02/2010)." (RE 631.111-GO, Rel. Min. Teori Zavascki, DJE 30.10.2014).

Por outro lado, como corretamente entendeu parcela da doutrina, a despeito de não existir expressa previsão legal nesse sentido, o "representante adequado" para as ações coletivas é uma garantia constitucional advinda do devido processo legal coletivo, esfera na qual "os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado".³⁹

6.2. Notas sobre o controle da "representação adequada" no direito estrangeiro

Para a compreensão do tema, no direito norte-americano, seria bom anotar alguns conceitos, tais como *class representative* (no Brasil compreendidos como os legitimados previstos em lei) e *adequacy of representation*.

39. GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, nº 108, p. 69 e 70. Também considerando a "representação adequada" um corolário do devido processo legal, de acordo com a experiência norte-americana, MENDES, Aluísio Gonçalves. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2001, p. 80. Na doutrina argentina: OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. La Corte Suprema Argentina Regula los Procesos Colectivos ante la Demora del Congreso. El Requisito de la Representatividad Adecuada. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 185, 2010; VERBIC, Francisco. La Corte Suprema Argentina y la Construcción del Derecho Constitucional a un Debido Proceso Colectivo. *International Journal of Procedural Law*, v. 5 (2015), n. 1; *Procesos Colectivos y Protección de las Garantías en el Proceso*. III Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantías Constitucionales en el Proceso. Universidad de Costa Rica - 13 y 14 de Octubre de 2015, https://www.academia.edu/16758432/Procesos_colectivos_y_proteccion_de_las_garantias_constitucionales_en_el_proceso, acesso em 01.04.2016. A experiência argentina é relevante pela construção jurisprudencial do tema.

O *class representative* (representante do grupo) é uma pessoa que litiga em nome do grupo em uma ação coletiva, ele também pode ser denominado de *named plaintiff* (requerente nominado), em oposição aos demais membros do grupo não nominados na ação.

A *adequacy of representation*, representação adequada, é o resultado do alinhamento de interesses entre a parte atual e o grupo potencial de afetados em um processo judicial, de forma que os interesses potenciais do grupo sejam suficientemente protegidos pelas partes que os representam em juízo. O conceito de representação adequada é normalmente utilizado no contexto processual. Por exemplo, se um caso está para ser admitido como uma *class action*, deve existir uma adequada representação em nome de todos os membros do grupo em potencial, isto é o que prevê a *Rule 23*, da *Federal Rules of Civil Procedure*: "as partes representantes protegerão justa e adequadamente os interesses do grupo" ("*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*" Fed. R. Civ. P. 23(a)(4)).⁴⁰

Os precedentes nos EUA determinam que o representante do grupo não precisa ser o melhor (*Byes v. Telecheck Recovery Serv., Inc.*, 173 F.R.D. 421, 428 (E.D. La. 1997), ou seja, não há necessidade para a admissibilidade de uma ação coletiva que o representante do grupo que atua em nome deste seja aquele que preencha o maior número de condições e esteja, portanto, mais apto do que qualquer outro membro do grupo.

Contudo existem sim requisitos mínimos para que se possa considerar o legitimado como adequado: a) ele precisa demonstrar o interesse e a habilidade para representar os pedidos (as pretensões) da classe de forma vigorosa (*vigorous prosecution test*, para verificar a *vigorous prosecution* ou *defense of the action*), quer dizer, consistente e o mais completa possível; b) ele precisa demonstrar que está livre do conflito de interesses, ou seja, que não possui interesses antagônicos com os interesses dos demais membros do grupo *In re Cmty. Bank of N. Va.*, 622 F.3d 275, 291 (3d Cir.

40. Diferentemente do modelo americano, na Bélgica, país que possui tutela coletiva restrita a defesa dos direitos consumeristas, foi estabelecido que somente as associações e ONG's possuem legitimidade para ajuizar a ação coletiva, devendo ainda demonstrar a "*adequacy of representation*" (VOET, Stefaan. Belgium's New Consumer Class Action. In: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 98. Já na França o mecanismo mais recente de tutela coletiva na defesa dos direitos dos consumidores, a chamada "*action de groupe*", foi introduzida no Código do Consumidor pela *Loi no 2014-344 of 17 march 2014 relative à la consommation*, e adotou um modelo de legitimação *ope legis* em que somente as associações em defesa dos consumidores aprovadas pelo Governo podem ajuizar demandas coletivas. (FERRAND, Frédérique. Collective Litigation in France: from distrust to cautious admission. In: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 138-139).

2010);⁴¹ c) ele precisa demonstrar a motivação adequada para atuar em nome do grupo (*motives of representative*), entre outros requisitos que serão descritos abaixo.⁴²

O conflito de interesses (b) tem de atingir o próprio objeto da tutela, não se trata de qualquer conflito entre o representante e a classe, mas de conflitos que tenham o potencial de minar a ação coletiva. Assim, nem todo desentendimento entre o representante do grupo e os membros do grupo levarão a sua desconsideração como adequado representante; apenas os conflitos que atingirem a essência da pretensão do grupo poderão desqualificar o legitimado para exercer a defesa dos direitos do grupo.⁴³ A relação anterior com o réu e a motivação política podem ensejar a ausência de adequada representação, inclusive para além dos casos em que possa ser demonstrada colusão processual.

Mas a consequência de reconhecer a inadequada representação não será, necessariamente, a extinção do processo; poderá haver, ao contrário, a sucessão processual por parte de outro legitimado adequado e pelo Ministério Público, quando for o caso. O Ministério Público, contudo, poderá requerer a extinção da ação por inadequada representação todas as vezes em que verificar ser a ação temerária, mal fundamentada (a exigir investigação mais acurada mediante instauração de inquérito civil) ou protocolar

41. A questão é tão relevante que pode ensejar a não vinculação dos membros do grupo à coisa julgada: "Nos casos em que o grupo ou alguns membros não foram representados adequadamente na ação coletiva, os tribunais, em processo posterior, não reconhecem o efeito vinculante da coisa julgada coletiva e podem decidir novamente a questão (*collateral attack*)."⁴¹ GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos. As Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada*. São Paulo: RT, 2006, p. 101 (p. 99/135). No direito americano isto poderá representar a necessidade de estabelecer diferentes representantes adequados para cada um dos subgrupos envolvidos, *Amchem (Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997)). "Em *Johnson v. Uncle Ben's Inc.* (*Johnson v. Uncle Ben's, Inc.*, 628, F2d 419 (5 Cir. 1980)), uma ação coletiva foi proposta em defesa de negros e latinos supostamente discriminados no ambiente de trabalho em função da cor e da origem. Como o representante do grupo concentrou as suas provas quase inteiramente na pretensão dos negros, não foi considerado um adequado representante dos latinos. Consequentemente, a sentença não fez coisa julgada para os últimos" (GIDI, *A Class Action*, p. 107).

42. A lista de requisitos mais amplos pode ser verificada em MULHERON, Rachael. *The Class Action. In Common Law Legal Systems. A Comparative Perspective*. OXFORD: HART, 2004, p. 291/301 (*vigorous prosecution, past wrongful conduct of representative, motives of representative, representative's financial stake in the litigation, representative plaintiff's means, representative nota bell to give all the evidence, unique defenses, relationship with the defendant, competency of class counsel*).

43. Cf., assim, "not every potential disagreement between a class representative and the class members will stand in the way of a class suit." CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. *Newberg on Class Actions*. 4ª ed. St. Paul: Thomson/West, 2002, § 3:26; "only a conflict that goes to the very subject matter of the litigation will defeat a party's claim of representative status [...]" WRIGHT, Charles A.; MILLER, Arthur R.; KANE, Mary K. *Federal Practice & Procedure* 3ª ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, v. 7A, § 1768. Sobre o conflito de interesses, ver ainda: MULHERON, Rachael. *The Class Action. In Common Law Legal Systems. A Comparative Perspective*. Oxford: Hart, 2004, p. 287/289, referindo-se inclusive à possibilidade de salvaguardas e sobre a excepcionalidade da extinção da ação em razão do conflito de interesses.

interessante

nova ação com objeto mais amplo que a primeira, caso em que a contumácia, somada a inadequada representação, gera a extinção do processo originário sem prejuízo da fixação da competência e da tutela dos direitos coletivos. Insistir em uma demanda mal formulada, mal instruída e, muitas vezes, articulada a partir de alegações que gerem conflito de interesses, não atende ao princípio da efetiva tutela dos direitos coletivos no mérito.

A sucessão processual, com assunção do polo ativo, é também admitida expressamente na Austrália, por força de previsão legal, sendo autorizada por precedentes nos EUA (*Hull v. Viegas, Inc.*, 2014 WL 896621, 2-3 (D. Kan. Mar. 6, 2014); *Birmingham Steel Corp. v. Tenn. Valley Auth.*, 353 F.3d 1331 (11th Cir. 2003) e Ontario (*Giuliano v. Allstate Ins. Co.* (2003), 66 OR (3ed) 238 (SCJ)). Normalmente a corte determina um prazo razoável para a substituição do requerente por um representante adequado, antes de certificar a ação como coletiva⁴⁴.

6.3. Legitimação adequada nos litígios de difusão global, local ou irradiada: a tensão entre legitimação e participação. A contribuição de Edilson Vitorelli

Nos processos coletivos existe uma permanente tensão entre participação dos membros do grupo e do próprio grupo e o representante que atua como colegitimado no processo.

Percebendo essa tensão, Edilson Vitorelli faz uma proposta de adequar a representatividade adequada à trilogia estrutural dos litígios coletivos por ele proposta: litígios globais, litígios locais e litígios de difusão irradiada. Essa tipologia já foi examinada no capítulo sobre as situações jurídicas coletivas.

Vitorelli identificou que os interesses das partes litigantes, ainda que no mesmo polo da relação processual, quando há litisconsórcio ativo ou passivo, não são sempre convergentes. No processo coletivo fala-se ao propósito de despolarização da demanda⁴⁵ e de intervenção móvel.⁴⁶ Isto permite, como bem apontou Vitorelli, que nos litígios complexos se afirme que o interesse é móvel e pode migrar de um polo para o outro. Ora

44. MULHERON, Rachael. *The Class Action. In Common Law Legal Systems. A Comparative Perspective*. OXFORD: HART, 2004, p. 301/302.

45. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, vol. 404, 2009, p. 3-41.

46. MAZZEI, Rodrigo. "A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (arts. 6º, § 3º, da LAP e 17, § 3º, da LIA)". *Revista Forense*, vol. 400, 2008, p. 227-254.

convergentes, ora divergentes, em arranjos estruturais que atendem aos interesses do grupo tutelado e do próprio representante.

Além disto, existem indivíduos e grupos de interessados que não comparecem ao processo, estão fora do esquema mínimo de processo autor, réu e juiz, e acabam sendo afetados pela decisão sem que possam exercer influência na sua formação. Há litígios coletivos que, supostamente, servem a tutela de apenas um único grupo, que, na verdade, é composto por diversos outros grupos, muitas vezes com interesses conflitantes e que também merecem ser representados em juízo.

Para cada tipo de litígio podemos vislumbrar um tipo de representatividade.

Nos litígios *globais*, a análise da representatividade é menos problemática. Neste tipo de litígio, há, de regra, a quase ausência subgrupos ou de interesses conflitantes. O grupo é definido a partir de um interesse comum e bem indeterminado: proteção do meio-ambiente, da concorrência etc. A identificação do legitimado adequado é mais fácil, limitando-se, basicamente, à análise da pertinência entre o tema discutido e a atuação do legitimado.

Nos litígios *locais*, por outro lado, a representatividade tem um controle muito claro e objetivo, tendo em vista que a coesão e homogeneidade do grupo são as características desse tipo de conflito. Assim, fica mais fácil identificar o legitimado coletivo, pela aderência aos interesses do grupo (trabalhadores, respectivo sindicato; tribo, FUNAI ou a própria tribo; moradores do bairro, associação do bairro etc.). Além disso, nesses processos, para tornar devida a sua condução, o legitimado extraordinário deve *fomentar a participação do grupo atingido*; sem a presença ou um momento para oitiva do grupo, ou seja, aqueles que serão os beneficiários da decisão final, o clã, a tribo, os trabalhadores de determinadas fábrica ou os moradores de determinado bairro, poderão questionar o respeito ao devido processo legal coletivo, pois a decisão carecerá de legitimidade por falta de aderência aos interesses das pessoas diretamente afetadas e, portanto, sua execução e cumprimento serão dificultados.

O maior problema, realmente, aparece nos litígios de *difusão irradiada*. Aqui, de certa forma, combinam-se as situações anteriores, temos uma elevada conflituosidade interna como características dos direitos tutelados envolverem interesses de diversos grupos, muitas vezes conflitantes.

"Esta situação, apesar de descrita teoricamente, pode ser exemplificada pelo litígio decorrente da instalação de uma usina hidrelétrica. A

única forma de se polarizar essa demanda é opor pessoas que considerem que a Usina deve ser construída àquelas que se opõe à sua construção. Fora desses extremos, a maior parte dos interesses estará em posições intermediárias, que favorecerão determinados aspectos do projeto e desfavorecerão outros. Se o empreendimento deslocou a população de uma cidade ou bairro, haverá pessoas insatisfeitas com o deslocamento, outras que o consideram benéfico, e haverá uma miríade de posições intermediárias, de pessoas que estão, ao mesmo tempo, satisfeitas e insatisfeitas com diferentes aspectos do mesmo evento. Esses interessados integrarão grupos mais próximos do epicentro da lesão, em posições parcialmente compatíveis, mas também parcialmente conflitantes. Mais afastado dele estarão, por exemplo, os moradores das cidades vizinhas e da zona rural, que não serão deslocados, mas sofrerão impactos na dinâmica de suas relações com a cidade que se muda. É impossível segmentar todos esses interesses para enquadrá-los em uma lógica de autor, réu ou terceiros intervenientes. Há subgrupos sociais que se identificam com os interesses do empreendedor, pelo menos em alguma medida, por serem beneficiados com a mudança proposta, outros que lhe são antagônicos e outros que não são nem favoráveis nem contrários, mas que pretendem a adoção de medidas alternativas, por exemplo, mitigatórias, para que o deslocamento ocorra. Por isso, existem zonas de interesse mais ou menos superpostas, que colocam esses subgrupos em posições opostas em relação a algumas pretensões ou parcelas de pretensões, ao mesmo tempo em que estão aliados a outras, todas relativas ao mesmo litígio. A representação visual de um litígio irradiado não é a de dois campos opostos, as a de vários círculos tridimensionalmente agrupados, que se interceptam mutuamente, em profundidades variadas ou, como propôs Fletcher, uma teia de aranha, cujos fios representam os diversos centros emaranhados do mesmo problema".⁴⁷

A afirmação de Edilson Vitorelli de que a *dualidade autor e réu (e terceiros intervenientes)* é *insuficiente* para os litígios coletivos irradiados, exigindo que se adote o conceito de zonas de interesse e se abra espaço para a representação dos grupos com diversos interesses no processo, é correta. O devido processo legal coletivo, em tais situações, impõe que as vozes dos diversos (sub)grupos sejam ouvidas no processo.

47. VITORELLI, O Devido Processo Legal Coletivo: Representação, Participação e Efetividade da Tutela Jurisdicional, op. cit., p. 615/616. O exemplo citado é real, conferir o caso da Usina Hidrelétrica instalada no Município de Almorés/MG. O alagamento resultou na relocação da população e empobrecimento da comunidade (idem, *Ibidem*). Ver, também, VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Coletivo. Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: RT, 2016, p. 565-566.

Assim, a escolha do legitimado adequado deve levar em consideração a complexidade do litígio (a complexidade de interesses envolvidos), assim como a própria condução do processo pelo legitimado deve atentar para algumas exigências que a legitimarão. Deve seguir-se a recomendação de Vitorelli:

"A legitimidade ativa [nos litígios globais complexos] deve privilegiar instituições não parciais, como é o caso do Ministério Público. Se o litígio atinge, de modo uniforme, a toda a sociedade, há poucas razões para se prestigiar a legitimidade de entidades que atuam apenas em uma parte do espectro social, como é o caso das associações. A natureza parcial dessas entidades pode fazer com que tendam a favorecer soluções vinculadas ao seu âmbito de atuação, o que não é o ideal, em um cenário em que várias alternativas se apresentam como jurídica e cientificamente possíveis. Organizações de proteção ambiental, por exemplo, atuando em um litígio ambiental global complexo, tenderão a preferir soluções mais restritivas da atividade econômica, do que pode resultar a improcedência do pedido, ao passo que entidades imparciais estão em melhor posição para balancear soluções aceitáveis, que possam alcançar maior efetividade. (...)

O autor da ação deve considerar as possibilidades e demonstrar por qual razão adotou a proposta refletida na pretensão posta em juízo. Se há várias soluções possíveis, a escolha do conteúdo da pretensão coletiva não pode ser aleatória, ou baseada em preferências ideológicas do autor da ação, mas fundada em análise racional das alternativas disponíveis. Cabe ao legitimado coletivo a promoção do diálogo com a sociedade, especialmente com os especialistas na matéria, que constituem momentos participativos no processo representativo, para colher subsídios, debater estratégias e justificar suas opções."⁴⁸

Vitorelli não pretende que se abandone o modelo representativo de tutela coletiva, até mesmo porque a importação da "lide" social (lide total) para dentro do processo não resolve os problemas de legitimação e legitimidade da decisão. Muito embora insuficientes, as regras processuais que definem a legitimação por substituição processual não devem ser abandonadas, há uma tradição jurídica a ser respeitada e a importação da lide social (lide total) para dentro do processo não resolve os problemas de legitimação e legitimidade da decisão.⁴⁹ A substituição processual para a tutela coletiva parece, realmente, ser a melhor opção.

48. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 492-493.

49. O problema não se restringe ao objeto, mas também à participação dos potenciais interessados, como bem acentuou, em 1837, Frederic Calvert, citado anteriormente por Edilson Vitorelli, *não é possível trazer todos para dentro do processo*: "It is obvious that, if occasion should arise to resort; here for an account, as it would be impossible to bring all person; Interested, the suit must be against some

É preciso, no entanto, de um lado, definir critérios mais aderentes ao conflito coletivo para a identificação do legitimado coletivo e, de outro, calibrar a condução do processo pelo legitimado com a imposição de deveres dele para com os membros do(s) grupo(s) atingido(s) pelo processo coletivo e que estão, por ele, legitimados, sendo representados em juízo.

É certo que a legitimidade da decisão não decorre apenas da participação no processo, pelo substituto processual, mas também da efetiva tutela dos direitos. Essa é a característica mais marcante de um Estado Democrático Constitucional, os direitos são limites e vínculos aos poderes sociais (incluído o mercado) e do Estado. Há sim um direito a ser tutelado independentemente do interesse dos grupos envolvidos e este direito tem caráter público. A sintonia entre a qualidade da representação judicial e a necessidade de efetivação dos direitos coletivos é missão difícil, mas indispensável à concretização do devido processo legal coletivo.

A proposta de Vitorelli é virtuosa, na medida em que, ao mesmo tempo em que denuncia a inexistência de uma única configuração do interesse social envolvido na tutela coletiva e um potencial descompasso entre a atuação do representante do grupo e o próprio grupo substituído, fomenta uma maior atividade pelos grupos envolvidos. Além disto, a classificação dos litígios em litígios globais, locais e de difusão irradiada, permite que as decisões tomadas possam ter maior efetividade e legitimidade, visto que mais aderentes aos problemas e interesses dos grupos que formam a sociedade atingida.

No sistema atual os grupos poderão atuar como litisconsortes de qualquer das partes (mediante outros colegitimados que os presentem no processo, art. 5º, § 2º, Lei n. 7.347/1985), *amici curiae* (art. 138, CPC) ou nas próprias audiências públicas.

6.4. SÍNTESE CONCLUSIVA.

Há, então, três etapas no exame da legitimação para a tutela coletiva: a) a identificação, no cardápio legislativo, que funciona como o primeiro filtro, de quem pode, em tese, conduzir um processo coletivo como autor ou réu; b) o controle jurisdicional *in concreto* da adequação dessa legitimação; c) o controle da condução do legitimado adequado, feito pelo juiz e pelos substituídos, de modo a tornar adequada também a sua atuação.

being proprietors and accountable parties instituted by some on behalf of all" CALVERT, Frederic. *A Treatise Upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity*. Philadelphia: John S. Littell, 1837. p. 18.

A doutrina brasileira ocupou-se bem das duas primeiras etapas; ainda não se debruçou demoradamente sobre a terceira, que por ora se apresenta como a nova fronteira de investigação desse aspecto fundamental do devido processo coletivo.

7. CONSEQUÊNCIA DA FALTA DE LEGITIMAÇÃO COLETIVA ATIVA

A consequência da falta de legitimação coletiva não pode ser necessariamente a extinção do processo coletivo, sem exame do mérito. A relevância das questões em debate impede solução tão drástica e ineficiente (do ponto de vista da efetividade dos direitos coletivos). Além disso, essa solução contraria claramente o princípio da primazia da decisão de mérito.

O exame da legislação brasileira revela que a postura em situações como essa deve ser a de aproveitamento do processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte que se reputa inadequada para a condução da demanda.⁵⁰ É o que acontece, por exemplo, nos casos de desistência ou abandono do processo pelo autor da ação popular ou da ação civil pública, em que se determina a sua sucessão processual, com a assunção do Ministério Público ou de outro legitimado da posição de condutor do processo coletivo (art. 9º da Lei nº 4.717/65; art. 5º, § 3º, Lei nº 7.347/85).

O magistrado deve, portanto, ao concluir pela inadequação do legitimado coletivo, providenciar a sua substituição, quer pelo Ministério Público, quer por outro legitimado, convocado ao processo por meio de publicação de edital.

No mesmo sentido, afirmou o STJ, encampando expressamente as ideias deste *Curso* (4ª T., REsp n. 1.192.577/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 15.05.2014, DJe 15/08/2014), em que se procedeu à substituição da Defensoria Pública por outro legitimado.

8. LEGITIMIDADE ATIVA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

A Defensoria Pública é instituição essencial à Justiça, com a mesma dignidade e importância que o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Advocacia (art. 134 da CF/88). A atuação em favor dos necessitados é determinação constitucional, sendo que a Lei Complementar 80/1994 é

50. GIDI, Antonio. "A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, nº 108, p. 68; DIDIER JR, Fredie. "O controle jurisdicional da legitimação coletiva e a ação coletiva passiva". In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (orgs.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 95-105. esp. p. 98.

a norma regente das Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Territórios, prescrevendo normas gerais para a organização das defensorias dos Estados. Sua função é a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (acesso formal à justiça).

É importante frisar que a defensoria atua mesmo em favor de quem não é hipossuficiente econômico. Isto por que a Defensoria Pública apresenta funções típicas e atípicas. *Função típica* é a que pressupõe hipossuficiência econômica, aqui há o necessitado econômico (v.g., defesa em ação civil ou ação civil para investigação de paternidade para pessoas de baixa renda). *Função atípica* não pressupõe hipossuficiência econômica, seu destinatário não é o necessitado econômico, mas sim o *necessitado jurídico*, v.g., curador especial no processo civil (CPC art. 72, parágrafo único: "A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei") e defensor dativo no processo penal (CPP art. 265).

Até a edição da Lei n. 11.448/2007, o quadro geral, na doutrina e na jurisprudência, não era favorável ao ajuizamento de ações coletivas pela Defensoria Pública, excetuadas duas possibilidades.

Alguns autores entendiam que a Defensoria Pública poderia promover ação coletiva independentemente de legislação que expressamente assim determinasse. Por exemplo, quando a associação de moradores procurasse a Defensoria Pública para o ajuizamento de uma ação com a finalidade de coibir um dano ambiental, o art. 5º da Lei 7.347/1985 autoriza a impetração pela associação. Nessa situação, o Defensor Público atuaria apenas como *representante judicial*, quer dizer, a parte autora seria a associação, legalmente constituída há mais de um ano, que por ser hipossuficiente economicamente, daria ensejo à representação pela Defensoria. A petição inicial terá a associação de moradores como representada em juízo pelo Defensor Público subscritor da peça. Essa hipótese já é bastante conhecida.

Existia, contudo, uma outra possibilidade de ajuizamento de ações coletivas, dependendo da *previsão expressa de um órgão da defensoria pública* para atuar na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Decorre esta possibilidade do art. 82, III, da Lei nº 8.078/1990 (CDC), que prevê a legitimação de órgãos de defesa do consumidor mesmo que despersonalizados, para a defesa dos direitos e interesses de que trata o Código. O autor desta ação seria um órgão da Defensoria Pública. O Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do RJ foi o precursor destas ações, explicitando na petição inicial que o Núcleo da Defensoria Pública de Defesa do Consumidor move a ação civil coletiva

com base no art. 82, III, do CDC. Importante referir que esta premissa se insere no conjunto dos microssistemas da tutela coletiva, podendo-ser estendida para todas as demais possibilidades de ajuizamento de ações civis públicas (art. 21 da ACP c/c art. 90 do CDC), portanto, para além do direito do consumidor.

A nova redação do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, determinada pela Lei n. 11.448/2007, prevê expressamente a *Defensoria Pública* (art. 5º, II) entre os legitimados para a propositura da ação civil pública. Atende, assim: a) a evolução da matéria, democratizando a legitimação, conforme posicionamento aqui defendido; b) a tendência jurisprudencial que se anunciava. Além disso, a redação do dispositivo ficou mais clara. É norma louvável, que, além de prestigiar essa importantíssima instituição, estimula a tutela de direitos coletivos, imprescindível para o correto equacionamento da crise que assola do Poder Judiciário.

O art. 185, *caput*, CPC, ratificou isso, ao expressamente mencionar a possibilidade de a Defensoria Pública promover a tutela de direitos coletivos "dos necessitados".

O legislador, contudo, perdeu a oportunidade de introduzir um mais amplo controle judicial da legitimação adequada. E essa crítica se justifica ainda mais, quando se vê na jurisprudência decisões que interpretam equivocadamente esse novo dispositivo.

Expliquemos.

Para que a Defensoria seja considerada como "legitimada adequada" para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexo entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade composta por pessoas "necessitadas", conforme locução tradicional e consagrada na parte final do art. 185, CPC.

Assim, por exemplo, não poderia a Defensoria Pública promover ação coletiva para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de Playstation III ou de Mercedes Benz. Não é necessário, porém, que a coletividade seja composta *exclusivamente* por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria para a tutela de direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas. Ainda neste sentido, não seria possível a promoção de ação coletiva pela Defensoria quando o interesse protegido fosse comum a todas as pessoas, carentes ou não.

A necessidade de controle *in concreto* da legitimidade da Defensoria Pública decorre, ainda, de texto expresso. O art. 4º, VII, da Lei

Complementar n. 80/1994, alterado pela Lei Complementar n. 132/2009, exige que a ação civil pública proposta pela Defensoria possa de algum modo beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes: "promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes".

Este foi um dos fundamentos para o TJRS decidir pela legitimação da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação de improbidade:

"Agravos de instrumento. Constitucional e administrativo. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Legitimidade da Defensoria Pública.

A conjugação da Constituição Federal com as leis nº 7.347/85 (art. 5º, II, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07), Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigos 1º, 3º e 4º, com a redação que lhe deu a LC nº 132/09) não deixa dúvidas acerca da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública não apenas na defesa dos necessitados, em atenção às suas finalidades institucionais, mas também na tutela de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, na forma da lei.

É manifesta a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas que visem garantir, modo integral e universal, a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e garantir, acima de tudo, o postulado da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito.

Hipótese concreta em que a Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública visa apurar supostos atos de improbidade administrativa cometidos por administradores da APAE - Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais.

Legitimidade ativa reconhecida. Decisão *a quo* que indeferiu pedido de extinção da lide sem resolução de mérito que vai confirmada."

Observe-se, ademais, que aqui também ocorreu uma espécie de legitimação subsidiária da defensoria, pois o relator, em seu voto, mencionou expressamente que o Ministério Público em segundo grau, ao deixar de avocar para si a legitimação, ofertando parecer apenas quanto à ilegitimidade da DP, estaria deixando a descoberto a tutela dos direitos fundamentais, sendo obrigatório, inclusive por este fundamento, reconhecer a legitimação da Defensoria Pública para o caso.⁵¹

51. Na mesma linha do que defendemos aqui o STJ reconheceu a legitimação da defensoria para defesa de direitos individuais homogêneos ligados ao direito à educação: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. ART. 13 DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. DEFENSORIA PÚBLICA. LEI 7.347/85. PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA. LEI 11.448/07. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS

Constatada a legitimação da Defensoria, de acordo com o critério aqui defendido, a decisão poderá beneficiar a todos, indistintamente, necessitados ou não. Qualquer indivíduo poderá valer-se da sentença coletiva para promover a sua liquidação e execução individual. Não se pode confundir o critério para a aferição da capacidade de conduzir o processo coletivo com a eficácia subjetiva da coisa julgada coletiva. A tutela coletiva é sempre indivisível: tutela-se o direito da coletividade, beneficiando-se, por consequência, todos os seus membros. Não se pode confundir a legitimação extraordinária para a tutela de direitos coletivos (pertencente sempre a uma coletividade) com a legitimação extraordinária para a tutela de direitos individuais. Não foi atribuída à Defensoria Pública a legitimação extraordinária para pedir a tutela de direitos individuais. O alerta é

RELE → **HOMOGÊNEOS.** 1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública contra regra em edital de processo seletivo de transferência voluntária da UFCSPA, ano 2009, que previu, como condição essencial para inscrição de interessados e critério de cálculo da ordem classificatória, a participação no Enem, exigindo nota média mínima. Sentença e acórdão negaram legitimação para agir à Defensoria. 2. O direito à educação, responsabilidade do Estado e da família (art. 205 da Constituição Federal), é garantia de natureza universal e de resultado, orientada ao "pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade" (art. 13, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 7 de julho de 1992), daí não poder sofrer limitação no plano do exercício, nem da implementação administrativa ou judicial. Ao juiz, mais do que a ninguém, compete zelar pela plena eficácia do direito à educação, sendo incompatível com essa sua essencial, nobre, indeclinável missão interpretar de maneira restritiva as normas que o asseguram nacional e internacionalmente. 3. É sólida a jurisprudência do STJ que admite possam os legitimados para a propositura de Ação Civil Pública proteger interesse individual homogêneo, mormente porque a educação, mote da presente discussão, é da máxima relevância no Estado Social, daí ser integral e incondicionalmente aplicável, nesse campo, o meio processual da Ação Civil Pública, que representa "contraposição à técnica tradicional de solução atomizada" de conflitos (REsp 1.225.010/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.3.2011). 4. A Defensoria Pública, instituição altruísta por natureza, é essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134, caput, da Constituição Federal. A rigor, mormente em países de grande desigualdade social, em que a largas parcelas da população - aos pobres sobretudo - nega-se acesso efetivo ao Judiciário, como ocorre infelizmente no Brasil, seria impróprio falar em verdadeiro Estado de Direito sem a existência de uma Defensoria Pública nacionalmente organizada, conhecida de todos e por todos respeitada, capaz de atender aos necessitados da maneira mais profissional e eficaz possível. 5. O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, pois sua legitimidade *ad causam*, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou *status* dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os *necessitados* (= critério subjetivo). 6. É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a *legitimação ad causam* da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais" (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2011). 7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública." (REsp nº 1.264.116-RS, rel. Min. Herman Benjamin, publicado no DJe de 13.04.2012).

IMPORTANTE

importantíssimo, tendo em vista o *obiter dictum* constante do voto-vista do Min. Teori Zavascki, no REsp n. 912.849-RS, no qual ficou consignado que a decisão coletiva, nestes casos, somente pode beneficiar as pessoas que comprovarem ser necessitadas, demonstrando essa que ocorrerá na fase de liquidação e execução. Isso é errado. Parte do pressuposto de que o direito coletivo objeto da ação proposta pela Defensoria Pública somente beneficia pessoas necessitadas, o que, como vimos, não ocorre. É claro que somente remanesce legitimação coletiva para a Defensoria Pública promover a execução individual da sentença genérica (direitos individuais homogêneos, art. 98 do CDC), se as vítimas já identificadas forem pessoas necessitadas. Mas qualquer vítima, necessitada ou não, poderá promover *individualmente* a liquidação e execução da sentença coletiva (art. 97 do CDC). Já interpretação sugerida apequena o sistema de tutela dos direitos coletivos, além de ofender claramente o princípio da igualdade.

Finalmente, não há qualquer sentido na alegação da CONAMP de que a Lei n. 11.448/2007 é inconstitucional. A legitimação para a tutela coletiva é conferida para a proteção dos interesses da coletividade, e não para dar mais prestígio a essa ou aquela instituição. A ampliação dos legitimados à tutela coletiva é uma tendência no direito brasileiro, que se iniciou em 1985, com a permissão de que associações pudessem promover ações coletivas, e terminará com a aprovação do projeto de codificação da legislação coletiva, que prevê a legitimação do cidadão. Por outro lado, a tese clássica de Mauro Cappelletti é no sentido da *legitimação plúrima* como forma mais coerente de fortalecer a efetividade dos "novos direitos" pela jurisprudência. Esta tese foi aprovada e referendada pelo constituinte no § 1º do art. 129, que trata das funções institucionais do Ministério Público, dispondo expressamente: "a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei". Incide, no caso, o princípio da proibição de retrocesso toda vez que a lei legitime mais de um representante adequado para o ajuizamento da ação coletiva. Esta é a vontade da Constituição, esta é a sua direção. Inconstitucional, ao contrário, é a interpretação que restringe a legitimação conferida de maneira adequada. Vale aqui, para finalizar, o brocardo latino que determina ser na teoria dos direitos fundamentais *odiosa restringenda, favorabilia amplianda*.

É triste e lamentável, para dizer o mínimo, ler, na petição inicial da ADI n. 3943, que a legitimação dada à Defensoria Pública "afeta diretamente" as atribuições do Ministério Público. O Supremo Tribunal Federal deveria ser provocado para resolver outros tipos de questão. O curioso é que não consta que a mesma CONAMP tenha alegado a não recepção pela

Constituição dos velhos dispositivos da Lei de Ação Civil Pública, que conferem a órgãos despersonalizados e a associações privadas; não estariam eles "afetando diretamente" as atribuições do Ministério Público?

O STF, em 07.05.2015, julgou improcedente, por unanimidade, a ADI n. 3943, reconhecendo a constitucionalidade da atribuição da legitimação à Defensoria Pública.

A Defensoria Pública, portanto, possui legitimidade para ajuizar ações coletivas - no caso, a ação civil pública, mas entendemos que a legitimação se espalha por todo o microsistema por força das premissas deste Curso - sempre que se tratar de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, verificáveis no âmbito de suas atribuições constitucionais na defesa dos necessitados.

Por outro lado, a decisão reforçou o previsto no art. 129, § 1º, CF/1988, ao determinar claramente que não há norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública. A legitimação da Defensoria Pública para concorrentemente, na esfera de suas atribuições e funções constitucionais, ajuizar ações coletivas, não resulta em prejuízo institucional para o Ministério Público.

É de se observar que a legitimação da Defensoria Pública não implicará necessariamente a legitimação para as fases de liquidação e execução dos direitos individuais decorrentes da sentença coletiva, quer na tutela dos direitos individuais homogêneos, quer na tutela dos direitos difusos; essa legitimação somente se estenderá para a tutela dos direitos dos necessitados, como bem salientou o voto da Min. Cármen Lúcia, a partir da própria manifestação do Presidente da República: "a Defensoria Pública somente estará autorizada a prosseguir com a liquidação e execução da sentença proferida nas ações civis públicas em relação aos que comprovarem insuficiência de recursos, pois, nessa fase, a tutela de cada membro da coletividade ocorre separadamente, sendo possível atender apenas a esse grupo" (ADI 3943, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgada em 07/5/2015, p. 54).

O voto do Min. Luis Roberto Barroso, afirma "a Defensoria Pública é um diferencial brasileiro de inclusão social, de *defesa dos interesses dos necessitados*. De modo que elogio e me integro a essa visão subjacente ao voto da Ministra Cármen Lúcia, a propósito da Defensoria Pública" (ADI 3943, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgada em 07/-5/2015, p. 80).

No mesmo sentido o voto do Min. Teori Zavascki: "Se é certo que a Defensoria Pública está investida desses poderes, também é certo que a

Constituição estabelece, sob o aspecto subjetivo, um limitador que não pode ser desconsiderado: à Defensoria cumpre a defesa 'dos necessitados' (CF, art. 134), ou seja, dos 'que comprovarem insuficiência de recursos' (art. 5º, LXXIV). Essa limitação, que restringe a legitimidade ativa a ações visando à tutela de pessoas comprovadamente necessitadas, deve ser tida por implícita no ordenamento infraconstitucional, como, v.g., no art. 4º da LC 80/94 e no art. 5º, II da Lei 7.347/85. Sustentamos esse entendimento também em sede doutrinária (Processo Coletivo, 2ª ed., SP: RT, p. 77). E foi justamente assim que entendeu o STF quando apreciou a constitucionalidade do art. 176, § 2º, V, e e f, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que trata de legitimação dessa natureza (Adin-MC 558-8, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.03.93)." (ADI 3943, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgada em 07/5/2015, p. 83, citando decisão anterior ainda no STJ, p. 83; citando voto-vista REsp 912.849, Min. José Delgado, 1ª Turma, DJe de 28.04.2008)⁵².

Há ainda três considerações a serem feitas.

É possível o litisconsórcio facultativo entre Defensorias Públicas co-legitimadas à propositura da mesma ação coletiva.

A Defensoria Pública pode celebrar compromisso de ajustamento de conduta, já que é um "órgão público" (art. 5º, § 6º, Lei Federal n. 7.347/1985).

52. Recentemente o STJ, seguindo a linha do posicionamento do STF, afirmou que a Defensoria Pública tem legitimidade para ajuizar ação civil pública na *defesa dos juridicamente necessitados*. No caso concreto tratava-se da defesa de consumidores idosos que sofreram com o reajuste de seu plano de saúde, pela mudança de faixa etária, cf. Informativo nº 573 do STJ. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE JURIDICAMENTE NECESSITADOS. A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores idosos que tiveram plano de saúde reajustado em razão da mudança de faixa etária, ainda que os titulares não sejam carentes de recursos econômicos. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos. Entretanto, ela também exerce atividades de auxílio aos necessitados jurídicos, os quais não são, necessariamente, carentes de recursos econômicos. Isso ocorre, por exemplo, quando a Defensoria exerce as funções de curador especial (art. 9º, II, do CPC) e de defensor dativo (art. 265 do CPP). No caso, além do direito tutelado ser fundamental (direito à saúde), o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por idosos, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, a qual dispõe no art. 230 que: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida". Dessa forma, nos termos do assentado no julgamento do REsp 1.264.116-RS (Segunda Turma, DJe 13/4/2012), "A expressão 'necessitados' (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim, todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidária do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado". (STJ, EREsp 1.192.577-PS, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 21/10/2015, DJe 13/11/2015).

instaurado (REsp 1185122/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/02/2011, DJe 02/03/2011); b) o elemento subjetivo – imputar a alguém fato crime de que o sabe inocente. Neste sentido, já afirmou o STJ: “Inexistindo procedimento administrativo instaurado, não se configura o ilícito de denúncia caluniosa, porquanto ausente o elemento objetivo exigido pela figura típica – instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa. Precedentes do STJ. Com relação ao elemento subjetivo adicional contido no art. 339 do CPB, registrou o douto Subprocurador-Geral da República que o paciente não tinha ciência da improcedência das alegações que fez contra os então representados.” (HC 99.855/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 26/05/2008). Também não há crime de denúncia caluniosa se o fato não constitui crime, bem como, revelar-se-á inepta a denúncia que não descreva qual o crime que fora indevidamente imputado (6ª T., HC n. 240.970/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 05.08.2014, publicado no DJe de 18.08.2014).

15. RECOMENDAÇÕES E OMBUDSMAN (DEFENSOR DEL PUEBLO)

As recomendações, ou notificações recomendatórias, são potentes instrumentos colocados a serviço das funções institucionais do Ministério Público.

Trata-se da face ativa do Ministério Público, no exercício da função de *ombudsman*, de procurador dos direitos fundamentais e do interesse do cidadão e da coletividade.⁶² Podem ser dirigidas a pessoas naturais, jurídicas, públicas ou privadas, órgão e outros entes despersonalizados, dando ensejo à responsabilização, quando for o caso, por seu descumprimento.

A eficácia da recomendação é admonitória, uma vez que, sendo exaradas do órgão que tem legitimação para o ajuizamento das ações coletivas e da persecução penal, servem para comunicar a necessidade de adequação das condutas ao disposto na legislação antes do advento dos atos ilícitos que poderão gerar a responsabilização. Sua finalidade é a melhoria de serviços públicos e de relevância pública (função de *ombudsman*⁶³), bem

62. BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro de. “O Ministério Público e o processo coletivo no novo Código de Processo Civil”. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 457/488 (DIDIER JR., Fredie. *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8), p. 460.

63. Sobre a figura do *ombudsman* e seu correlato na defensoria del pueblo, conferir, além do art. 127 caput c/c art. 129, II da CF/88, na doutrina: BATALLI, Mirinda. *Role of Ombudsman Institution Over the Administration*. *Academic Journal of Business, Administration, Law and Social Sciences*, vol. 1, nº 3, p. 232/240;

como da tutela dos demais interesses e direitos cuja defesa é atribuída ao Ministério Público.⁶⁴

As características do *ombudsman* ou *defensor del pueblo* são as seguintes: a) independência institucional ou individual; b) proteção das pessoas, do povo, e tutela dos seus direitos em face dos equívocos, insultos, negligências e decisões administrativas injustas adotadas pela administração pública. Sua atividade é uma nova forma de institucionalização de garantias e se dá através da conexão entre o Estado e a sociedade civil.

A função mais importante do *ombudsman* é justamente de exercer o controle, mediante a fiscalização externa e independente, da atividade das autoridades estatais a partir de reclamações dos cidadãos contra a ação dos órgãos públicos e em defesa dos direitos e liberdades. Inclui: a) conduzir investigações; b) providenciar recomendações; c) restaurar – a partir das diversas formas de atuação, inclusive a autocomposição e as ações judiciais – os direitos fundamentais; d) submeter propostas de alterações legislativas para melhorar e tornar mais efetiva a tutela dos direitos.

O que assegura a atividade do *ombudsman* é justamente a sua independência ligada aos amplos poderes de investigação e a possibilidade de acionar⁶⁵ o Poder Judiciário para adoção de medidas constritivas. Igualmente, mas justamente por este poder de acionabilidade, a atividade do *ombudsman* é reforçada pela admissibilidade de soluções consensuais, como a mediação, a conciliação e a negociação direta.

O *ombudsman* representa, portanto, um instrumento a serviço da cidadania para aumentar a prestação de contas (*accountability*), a transparência (*transparency*), a eficiência (*efficiency*) e a democracia (*democracy*)

CALABRICH, Bruno. *Modelos de Ministérios Públicos e Defensorias del Pueblo*. 3 vol. Brasília: ESMPU, 2014; LYRA, Rubens Pinto (org.) *Ouvidorias e Ministério Público: As Duas Faces do Ombudsman no Brasil*. João Pessoa: Ed. UFPB, 2010; GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 390-392.

64. Na lei, cf. art. 6º, XX, da Lei Complementar 75/93 (LOMPU) e art. 27, IV, parágrafo único da Lei 8.625/93 (LOMPE). Também é caso de recomendação o previsto no art. 26, VII da LOMPE: “sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade”, se bem que com objeto mais específico. Note-se que as disposições são aderentes ao microsistema do MP, por força do disposto no art. 80 da LOMPE que determina a aplicação subsidiária da LOMPU. Na doutrina: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*, 3ª ed., cit., p. 313; GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, 2ª ed., cit., p. 382-383; MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 334-338.

65. A acionabilidade é um dos quatro elementos do modelo garantista (MG), ao lado da legalidade, completude deontológica e judiciabilidade, cf. FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Roma/Bari: Laterza, 2013, p. 245 e ss., § 5.9 (“Il principio di azionabilità e la sua estensione al di là del diritto individuale di azione. Per un Pubblico ministero di garanzia”).

imprescindível ao Império do Direito (*Rule of Law*) e ao Estado de Direito nos modernos Estados Constitucionais.⁶⁶

A recomendação administrativa admonitória é um dos instrumentos postos à disposição do Ministério Público como *ombudsman* para evitar a lesão a direitos.

Note-se, por exemplo, que após a expedição da notificação recomendatória as condutas praticadas em desconformidade com o objeto descrito na advertência ministerial, sejam ações ou omissões, serão consideradas dolosas, inclusive para os fins de ação de improbidade administrativa. Neste sentido, afirmou a doutrina:

"No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação do elemento anímico que direcionou o destinatário em suas ações ou omissões. Exemplo sugestivo pode ser divisado no caso de existir dúvida em relação ao dolo do agente na violação aos princípios regentes da atividade estatal, situação passível de configurar o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente em adotá-lo, o dolo restará inequivocamente demonstrado."⁶⁷

Perceba-se que o descumprimento da recomendação é considerado ato de caráter voluntário por parte do agente, por isto atrai o dolo, como conduta intencional.

Não obstante, as recomendações só devem ser manejadas quando ainda não houver consequências jurídicas, ou seja, quando ainda não houver incidência da norma que qualifique a conduta como ato ilícito. Havendo lesão ao direito, caberá ao órgão do Ministério Público ajuizar a ação cabível ou formular o compromisso de ajustamento de conduta, se possível sua recomposição pela via conciliatória.

Nesse sentido a Res. n. 23 do CNMP veda a expedição de recomendação em substituição ao compromisso de ajustamento de conduta e a ação civil pública (art. 15 e par. ún.):

66. Em termos gerais e informais, os parágrafos na sequência tratam da tradução do quanto afirmado por: BATALLI, *Role of Ombudsman Institution Over the Administration*. *Academic Journal of Business Administration, Law and Social Sciences*, p. 232/233. Importante salientar que o autor apresenta uma série de exemplos de direito comparado e identifica o *ombudsman* como um dos requisitos exigidos pela União Europeia para ingresso no bloco econômico, denotando os aspectos de aderência ao ordenamento jurídico, atenção ao interesse público e as boas práticas administrativas como elementos a serem perseguidos pelo órgão.

67. GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, 2ª ed., cit., p. 383.

"art. 15. O Ministério Público, nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações devidamente fundamentadas, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover. Parágrafo único. É vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública."

Na doutrina está bem definido que a recomendação não tem caráter vinculativo, mas sim de mero "ato administrativo enunciativo", submetendo-se aos requisitos da espécie⁶⁸, nesse sentido:

"Devido à própria natureza da recomendação, seu espectro de abrangência é amplíssimo. Pode-se recomendar a adoção de medidas que estão sob o juízo discricionário da Administração Pública, ou medidas que só podem ser determinadas com força de executividade pelo Poder Judiciário. Nada impede, assim, que se recomende o não repasse de verbas para uma obra quando se considere que esse repasse seja lesivo ao patrimônio público [...] Em relação à medida judicial a recomendação representa todas as vantagens inerentes a uma solução extrajudicial de conflito: pouco custo, rapidez e eficácia."⁶⁹

Em detalhado artigo, de leitura obrigatória, Marcos Paulo de Souza Miranda, enfrenta os principais problemas ligados ao instituto, em especial cumpre destacar o rol de efeitos e as consequências da recomendação apontadas pelo autor. São efeitos:

- 1) caracterizar o dolo para viabilizar futura responsabilização em sede de ação penal pela prática de condutas que encontram adequação típica na legislação criminal;
- 2) tornar inequívoca a demonstração da consciência da ilicitude do recomendado e impedir que seja invocado o desconhecimento da lei (*ignorantia legis*), com repercussões de relevo na esfera de responsabilização criminal;
- 3) provocar o autocontrole de atos da administração pública, visto que, pelo princípio da autotutela, a Administração pode corrigir seus próprios erros;
- 4) caracterizar dolo, má-fé ou ciência da irregularidade para viabilizar futuras responsabilizações em sede de ação por ato de improbidade administrativa quando tal elemento subjetivo for exigido (art. 11 da Lei nº 8.429/1992, v.g.);

68. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A Recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: Cristiano Chaves; Leonardo Barreto Moreira Alves; Nelson Roserwald. *Temas atuais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 382.

69. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, p. 90.

ESSESSA
RECOMENDAÇÃO
NÃO POSSUI INTERESSE PUBL.
PRIMÁRIO?

- 5) impellir, estimular, embasar ou apolar atos discricionários de agentes públicos que se encontram tendentes a realizá-los mas que, por quaisquer motivos (políticos ou administrativos), não o fazem;
- 6) constituir-se em elemento probatório em sede de ações cíveis ou criminais;
- 7) vincular as justificativas apresentadas pelo recomendado acerca da prática ou omissão administrativa, aos respectivos motivos determinantes, viabilizando o controle jurisdicional;
- 8) afastar - quando respondida, contendo as argumentações para o não atendimento da providência recomendada - a alegada necessidade de prévia oitiva do ente público que figura no polo passivo para a análise de eventual concessão de liminar (exigência do art. 2º da Lei nº 8.437/92).⁷⁰

Portanto, "o cumprimento da recomendação pelo destinatário não é obrigatório, por se tratar de ato administrativo sem caráter automático de coercibilidade e sancionabilidade".⁷¹ Resta clara a utilidade e a extensão das consequências jurídicas da recomendação como instrumento de tutela dos direitos coletivos *latu sensu* e do exercício pelo Ministério Público da função de *ombudsman*.

16. CADASTRO NACIONAL DAS AÇÕES COLETIVAS, INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público aprovaram a Resolução Conjunta CNJ/CNMP n. 02, estabelecendo a criação de um cadastro nacional de ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta.

A iniciativa já vinha sendo exigida pela doutrina e sugerida pelos anteprojetos de Código de Processo Coletivo; ela poderá trazer bons frutos para a tutela coletiva em geral, quer no que respeita a efetividade dos providimentos e difusão das decisões, quer no que toca à averiguação da alegação de litispendência e coisa julgada, permitindo ora a reunião de processos, ora a sua extinção por inadmissibilidade. Atende assim aos princípios da administração pública e ao princípio democrático, sendo medida de todo adequada para a mais bem tutelar os direitos fundamentais coletivos.

70. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *A Recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais*, p. 390.

71. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *A Recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais*, p. 399.

Oxalá essa iniciativa permita ainda a superação do malsinado limite territorial da coisa julgada, imposto pelo art. 16 da Lei n. 7.347/1985, na medida em que o acompanhamento nacional das demandas permite visualizar a indivisibilidade molecular desses direitos e a eficácia *erga omnes* e *ultra partes* das decisões conforme as dimensões do ilícito (global, local ou de difusão irradiada) e o(s) grupo(s) de pessoas atingidas.

Prescrição e Decadência das Situações Jurídicas Coletivas

Sumário • 1. Generalidades – 2. Classificação dos direitos: direitos-prestação, direitos-poder (direitos potestativos) e direitos-dever – 3. A tese da imprescritibilidade das ações coletivas – 4. Regras expressas sobre prescrição e decadência na tutela coletiva – 5. Prescrição e ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos. O julgamento do REsp. n. 1.070.896/SC pelo Superior Tribunal de Justiça – 6. Prazo quinquenal para as execuções decorrentes de ações coletivas – 7. A discussão sobre a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário – 8. Início da fluência, impedimento, suspensão e interrupção. Aplicação subsidiária do CDC – 9. A propositura de uma ação coletiva interrompe o prazo prescricional para a ação individual? – 10. Discussão sobre a legitimidade e o início do prazo prescricional para a execução individual fundada em sentença coletiva.

1. GENERALIDADES

O objetivo da prescrição e da decadência é assegurar estabilidade social ao Direito. Servem, também, como um “castigo à negligência, em prol do ‘interesse público’ (*estabilização de determinadas situações jurídicas*)”¹. Trata-se, portanto, de instituto com dupla função: *a)* assegurar a estabilidade das relações sociais; *b)* servir de sanção (compreendida como consequente jurídico) ao negligente titular de situação jurídica ativa.

Justamente por esse importante papel, apenas pretensões muito relevantes para a comunidade podem ser consideradas imprescritíveis e sempre que expressamente ressalvadas em lei ou depreendidas do ordenamento jurídico como um todo. No Direito Penal, por exemplo, a Constituição determina a imprescritibilidade na prática dos crimes de racismo e na ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; em sede não penal o exemplo está na imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário (art. 37, § 5º, da CF/1988), também chamadas “ações perpétuas”.²

No âmbito civil, que nos interessa mais em particular, o regime jurídico da prescrição e da decadência sofreu alterações o Código Civil de 2002.

1. MAZZEI, Rodrigo Reis. *Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006, p. 426. (comentários à Lei 11.280/2006). Cf. o clássico LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, esp. p. 3-29.
2. NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: RT, 2005, p. 290.

O legislador, adotando o critério de Agnelo Amorim Filho,³ deixou bastante claro que a prescrição está ligada ao exercício dos chamados direitos subjetivos-prestação, nos quais se pode exigir de outrem um comportamento determinado em proveito do próprio titular do direito. A perda do prazo para o seu exercício acarreta a perda da sua exigibilidade.⁴

A prescrição encobre a eficácia do direito (art. 189, Código Civil). A decadência, por outro lado, ocorre em relação aos direitos subjetivos-poder (ou potestativos, ou, ainda, formativos-geradores). Esses últimos são direitos sem pretensão. Nada se exige. Apenas se exerce o poder. A perda do prazo para seu exercício acarreta sua extinção, não apenas a perda da sua exigibilidade. O Código indicou expressamente os casos de prescrição (arts. 205 e 206) e ressaltou que a decadência determinada pela lei é irrenunciável (art. 209).

Muitos autores reconhecem nessas alterações a mais acabada aplicação ao sistema do "princípio da operabilidade", segundo o qual deve ser privilegiada a clareza e praticidade do sistema em detrimento das questões de fundo acadêmico.

Ainda na concepção de Agnelo Amorim Filho, as ações condenatórias são aquelas que veiculam os direitos-prestação e as ações constitutivas veiculam os direitos potestativos. Sendo condenatória a ação o prazo será de prescrição; sendo constitutiva, o prazo será decadencial.⁵

O prazo prescricional extingue a pretensão. A pretensão condenatória, que está vinculada ao interesse patrimonial (*in pecunia*), geralmente é defendida em doutrina como a única pretensão passível de prescrever, porque patrimonial.

Por fim, Agnelo Amorim Filho entendia serem imprescritíveis as ações meramente declaratórias, as chamadas declaratórias puras; também não se sujeitam a prazo as ações constitutivas que não tenham prazo decadencial determinado em lei ou em negócio jurídico.

3. AMORIM FILHO, Agnelo. "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis". Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1997, nº 744, p. 725-750.

4. Nessa linha, é importante frisar dois dispositivos do Código Civil: o art. 190 que prevê a prescrição da exceção no mesmo prazo da ação e o art. 191 estabelece a possibilidade de renúncia da prescrição.

5. AMORIM FILHO, Agnelo. "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis". Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, nº 300, p. 7-37, out. 1960, esp. p. 37.

2. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS: DIREITOS-PRÉSTAÇÃO, DIREITOS-PODER (DIREITOS POTESTATIVOS) E DIREITOS-DEVER

No momento atual de desenvolvimento da teoria dos direitos, seria possível falar em três categorias de "direitos subjetivos"⁶: os direitos subjetivos *stricto sensu*, comuns ou simples, reconhecidos como direitos-prestação (ex.: relações obrigacionais de débito e crédito); os direitos potestativos ou formativos geradores reconhecidos como direitos-poderes (ex.: revogação de um mandato, já que não depende da vontade do mandatário ou de qualquer comportamento seu); e, por último, mas em crescente importância, os direitos-deveres, decorrentes de uma determinação objetiva proferida pelo ordenamento jurídico, quer tutelando os interesses de um sujeito determinado, especialmente protegido pela norma (a exemplo do poder familiar e do dever de educação dos filhos), quer tutelando a coletividade (a exemplo do dever-poder da administração pública de agir em conformidade com a legalidade na sua atividade executória).⁷⁻⁸

6. O conceito de direito subjetivo, como o conhecemos, revela-se imanente ao desenvolvimento da teoria geral do direito na idade média e início da modernidade. cf. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007. Para uma breve visão sobre as teorias de Ihering (direito subjetivo como interesse juridicamente protegido), Savigny (direito subjetivo como fenômeno da vontade), Jellinek (teoria eclética ou mista; direito subjetivo como um bem ou interesse protegido por um poder da vontade) e Jean Dabin (direito subjetivo como uma pertença-domínio). Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. "Direito Subjetivo - II". In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, s/d. p. 330-334. Para outras classificações, inclusive propondo a divisão e a pluralidade dos direitos subjetivos (direitos a algo; liberdades; competências) cf. ALEXI, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 178 e ss.

7. A classificação é de Fernando Noronha. Cf. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 54, ver também p. 51-64.

8. Parcela da doutrina exclui esta categoria do âmbito dos direitos subjetivos, adotam este entendimento excludente Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendo: "Já o poder jurídico, também chamado de poder funcional, distingue-se do direito subjetivo, pois naquele há um direito exercido no interesse do sujeito passivo e do grupo social, como, v.g., o poder familiar (CC, art. 1630), diversamente do que ocorre, como se viu, no direito subjetivo, em que o exercício é em benefício do próprio titular. Sintetize-se: no poder funcional há exercício em face de outra pessoa (como na tutela de menores), caracterizando-se como uma categoria autônoma, distinta dos direitos subjetivos clássicos". Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 6. Entendemos que não se trata de oposição eficaz, primeiro porque os autores referem, com absoluta certeza, aos direitos subjetivos clássicos ou *stricto sensu*, categoria aqui alargada; em segundo porque também esses direitos-poder são judicializáveis como "direitos subjetivos" daqueles que são os titulares do benefício de seu cumprimento (pessoa determinada ou coletividade), quer pelos próprios beneficiários, quer por entes especialmente determinados em lei (ex.: art. 5º da Lei n. 7.347/1985). O tema é objeto de aceso debate doutrinário entre as teorias do interesse e as teorias da escolha cf. MACCORMICK, Neil. *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right*. ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/ Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy Vol. 62, No. 3 (1976), pp. 305-317; PINO, Giorgio. *Neil MacCormick on Interpretation, Defeasibility, and the Rule of Law*. Disponível em <<http://www1.unipa.it/gplno/Pino,%20su%20MacCormick.pdf>> Acesso em 13.05.2015, item 1.

Esta última categoria (direitos-deveres) é mais característica das ações coletivas, portanto, devemos explicitá-la melhor.⁹

Primeiro, é importante salientar que os deveres estão presentes em nosso ordenamento constitucional; em muitos casos, são "deveres fundamentais".¹⁰ Direitos subjetivos clássicos, como os previstos em um contrato de compra e venda, estão sujeitos a uma "função social", presente como limitação de seu exercício abusivo.¹¹

9. Nesse sentido, salientando que a função social inclui "deveres positivos" e não só o dever de abstenção, aduz Calixto Salomão Filho: "O controle material difuso introduzido por esse importante princípio do Novo Código vem complementar o sentido dos instrumentos processuais de controle difuso (ex.: ação civil pública), instrumentos de verdadeiro controle social. Caso bem interpretado pode transformar-se, portanto, em poderoso canal de proteção da sociedade civil e controle social da atividade empresarial e civil". (p. 82). Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. "Função social do contrato: primeiras anotações". In: *Tutela Coletiva*. Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord.). São Paulo: Atlas, 2006. p. 60-82. O raciocínio é semelhante em relação ao direito de propriedade. A função social da propriedade compõe o próprio conteúdo do direito de propriedade, estabelecendo os denominados deveres fundamentais da propriedade; a cláusula geral da função social da propriedade é norma que completa a definição do estatuto constitucional do direito de propriedade. "Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quem fala, pois em direitos fundamentais está implicitamente reconhecendo a existência correspectiva de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe de mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais". (COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: RT, 2000, p. 142).

10. Não ocorre, contudo, uma natural correspectividade entre direitos e deveres fundamentais, nem todo direito fundamental gera deveres fundamentais. Segundo Canotilho a perspectiva de que a um direito fundamental, já que tutelado, corresponde um dever fundamental deve ser afastada. Para além do caráter não funcionalista dos direitos fundamentais os deveres fundamentais recortam-se como categoria autônoma, o que vale é o "princípio da assinalagmaticidade" (assimetria) entre os deveres e direitos fundamentais. Esta assimetria é em realidade uma condição necessária dos deveres fundamentais em relação aos direitos fundamentais, justamente para assegurar um "estado de liberdade". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 532-533). Por isso mesmo, os deveres fundamentais apresentam vinculação estrita às normas constitucionais de sua estatuição ou às leis em conformidade com o que foi autorizado pela Constituição. Daí Canotilho falar em uma "reserva de constituição quanto aos deveres fundamentais". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 532). Preservam-se, contudo, duas categorias, a existência de: a) deveres conexos com direitos fundamentais (deveres fundamentais não autônomos ou deveres fundamentais correlativos a direitos); e b) deveres fundamentais autônomos. Exemplos dos primeiros são: o dever cívico de voto relacionado com o direito de voto, o dever de educação dos filhos correspondente ao direito de educação dos pais, o dever de defesa e promoção da saúde associado ao direito à proteção da saúde, o dever de defesa do ambiente associado ao direito ao ambiente, o dever de escolaridade básica associado ao direito ao ensino e o dever de defesa do patrimônio relacionado com o direito à fruição e criação cultural. Do segundo: o dever de pagar impostos; o dever de recenseamento e dever de colaborar na administração eleitoral; o dever de defesa pátria, do serviço militar e do serviço cívico; o dever de exploração da terra. Todos indicados por Canotilho em referência à Constituição portuguesa, mas certamente aplicáveis ao nosso ordenamento constitucional. (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 533). Conferir ainda NABAI, José Casalta. *O dever fundamental de pagar imposto*. Coimbra: Almedina, 2009 (2ª reimpressão).

11. Daí que se revela correta a lição que salienta ser: "impossível esquecer a função social como imprescindível conteúdo dos institutos patrimonialmente apreciáveis da ciência jurídica, como a propriedade e o contrato. Em outras palavras: os institutos civilistas com expressão econômica (a propriedade e o contrato) trazem em sua estrutura interna, em seu conteúdo, fundamentalmente, uma função

São duas as espécies de direitos-deveres; ambas se caracterizam pela satisfação de interesses não só do titular (muitas vezes, contra interesses imediatos do titular); são, assim, opostas às espécies anteriores. São direitos ou que se *se atua para a satisfação do interesse do sujeito passivo* (que é o tutelado pela atribuição do direito-dever a outrem) ou *para atender interesses da coletividade*, como, respectivamente o interesse do menor no poder familiar e o interesse público no dever-poder de autoexecutoriedade da administração. Ambas as hipóteses são determinadas por lei ou pelo conjunto do ordenamento jurídico. Na primeira hipótese a realização dar-se-á com a cooperação de outrem. Ex.: dever-poder de os pais exigirem dos filhos que lhes prestem obediência (art. 1.634, VII, Código Civil). A segunda independe de cooperação: dever-poder de os órgãos e agentes da administração agir conforme o interesse público, uma vez que "todos os poderes deveres concedidos às pessoas jurídicas públicas, ou aos órgãos e agentes, são direitos-deveres, embora com especificidades próprias do direito público"¹².

3. A TESE DA IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES COLETIVAS

Em tema de ações coletivas, a matéria já sofreu várias considerações por parte da doutrina, alguns inclusive defendendo a imprescritibilidade *tout court* das ações coletivas, ao argumento de que são ações sem interesse patrimonial direto: assim, adotado o critério do reflexo patrimonial, segundo o qual apenas os direitos patrimoniais são passíveis de prescrição, não se poderia falar em prescrição nesses casos¹³.

Ricardo de Barros Leonel entende que no geral "não ocorrem prescrição e a decadência com relação aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e as respectivas ações".¹⁴ Eis a síntese de seus argumentos:

"Em síntese, fundamentam a inoccorrência das sanções temporais no processo coletivo: a) inexistência de previsão de prescrição ou decadência quanto aos interesses supraindividuais; b) não legitimação

social, obstando um exercício egoístico das titularidades. Aliás, a própria codificação reconhece esse entendimento como se nota a partir da leitura dos arts. 421 e 1228." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 34).

12. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64.

13. MILARÉ, Edis. *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 15-16. Cf. ainda, LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 281; FINK, Daniel R. "Ação civil pública - prescrição - breves notas e reflexões". In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividades e desafios*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 139-148; LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 1998.

14. Assim, "Se o titular da posição protegida não age porque não pode, pois o ordenamento não lhe confere legitimação, não há razão para o curso do prazo, que é pressuposto para a incidência da sanção pela inércia". (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 357).

dos titulares de tais interesses para sua postulação em juízo; c) imprescritibilidade com fundamento constitucional de uma espécie de interesse difuso, o relativo à defesa do patrimônio público; d) existência no ordenamento ortodoxo de situações de imprescritibilidade e de inoccorrência de decadência".¹⁵

A questão não é tão simples.

De fato, por sobradas razões existem casos em que não se dá a prescrição ou a decadência. Por exemplo, contra o incapaz não correm os prazos prescricionais ou decadenciais, nas ações de nulidade do matrimônio fundadas em impedimentos absolutos não se convalesce o vício no tempo, assim como nas ações de "estado" em geral¹⁶ não se dá a prescrição ou a decadência. Também, como já se referiu, é o caso das ações meramente declaratórias. Tudo isso porque razões éticas e sociais assim exigem.¹⁷ É esse justamente o caso das ações de ressarcimento ao erário, para as quais a norma constitucional criou expressa imprescritibilidade (art. 37, § 5º, da CF/88). Daí serem referidas como *ações perpétuas*.

Mas há regras de prescrição e decadência no plano coletivo. O próximo item é dedicado a elas.

4. REGRAS EXPRESSAS SOBRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NA TUTELA COLETIVA

Embora não haja menção expressa em relação à prescrição na disciplina da ação civil pública, há diversas regras esparsas que a preveem.

a) Prescrição dos pedidos repressivos-punitivos na improbidade administrativa, dimensão sancionatória dessa ação,¹⁸ consoante a norma do art. 23 da Lei n. 8.429/1992:

15. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 360. Ricardo Leonel, entretanto, mudou seu entendimento quanto aos direitos individuais homogêneos, adotando a tese defendida neste Curso (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 391, rodapé 758: "concordamos, portanto, e restamos convencidos nesse sentido pela linha de argumentação adotada por Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Jr."). Neste sentido, afirmou: "não ocorrem a prescrição e decadência com relação aos interesses difusos e coletivos". LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 390-391.

16. Respectivamente arts. 198, I, e 208 do Código Civil; e o entendimento doutrinário, dentre outros, de Antônio Luis da Câmara Leal, Caio Mário da Silva Pereira, cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 395.

17. Nesse sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 394.

18. Sobre a distinção entre a face repressiva-punitiva e a face repressiva-reparatória cf. ZAVASCKI, Teorl. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 121-125.

"Da Prescrição. Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas: I - até 5 (cinco) anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - Dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos do exercício efetivo de cargo ou emprego; III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei" (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014).

b) Decadência do direito de habilitação individual nas ações indenizatórias para compor os direitos individuais homogêneos, prevista na Lei 7.913/1989 (art. 2º, com a redação dada pela Lei nº 9.008/1995):

"Art. 2º. As importâncias decorrentes da condenação, na ação de que trata esta Lei, reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo. § 2º Decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de dois anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985".¹⁹

c) Prescrição (ou decadência) na ação popular, em prazo quinquenal: "Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos" (Lei nº 4.717/1965).

No caso da ação popular, há prescrição em relação ao pedido condenatório e decadência, ao constitutivo (mais exatamente, *desconstitutivo*).

Vale ressaltar, por último, a imprescritibilidade constitucional das ações voltadas ao ressarcimento do erário em razão de ato de improbidade administrativa (pretensão de ressarcimento em razão de ilícitos civis é prescritível)²⁰ (art. 37, § 5º, *in fine*, CF/88). Se a tutela condenatória na ação popular visar apenas o ressarcimento, tal prazo prescricional está afastado (não recepcionado) pela Constituição. O pedido ressarcitório poderá igualmente ser veiculado em ação civil pública.

19. A nova redação dada pela Lei nº 9.008/1995 alterou a destinação da *fluid recovery*, indenização fluida sobre os valores não reclamados pelo titular no prazo assinalado, passando da União para o FDD. A decadência opera-se sobre a habilitação, o direito de habilitar-se e constituir crédito em favor do titular individual, não sobre o direito à indenização, já que este último tem feição prestacional (direito subjetivo-pretensão) e, portanto, seria objeto de prazo prescricional. Em sentido diverso, entendendo que: "operar-se-á a decadência do direito de receber a indenização", cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, 6ª ed., p. 1.383. O prazo começa a correr da publicação do edital convocando o investidor para que se habilite ao recebimento da parcela que lhe couber (art. 2º, § 1º).

20. STF, RE n. 669.069, rel. Min Teorl Zavascki, j. em 03.02.2016.

d) Prazo decadencial de cento e vinte dias, determinado pelo art. 23 da Lei nº 12.016/2009, para o ajuizamento do mandado de segurança, que é também aplicável ao mandado de segurança coletivo. Superada está a discussão sobre a constitucionalidade do prazo decadencial no mandado de segurança, conforme o Enunciado nº 632 da Súmula do STF: "É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança".²¹

É bom lembrar, porém, que esse prazo não diz respeito ao direito coletivo *lato sensu* veiculado pelo mandado de segurança, mas, sim, ao direito de escolha da ação constitucional como procedimento para a tutela dos direitos pleiteados. O prazo decadencial não diz respeito ao direito potestativo, eventualmente objeto do mandado de segurança. A decadência é do direito potestativo de escolha do procedimento especial. O que se perde, após o transcurso do prazo de 120 dias, é apenas a opção de valer-se do procedimento do mandado de segurança. A redação do dispositivo legal (art. 23 da Lei nº 12.016/2009), aliás, é muito clara neste sentido: "O direito de requerer mandado de segurança *extinguir-se-á* decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado". O magistrado apenas constata a inexistência (extinção) do direito do autor de optar pela via procedimental do mandado de segurança, sem resolver o mérito da causa, que fica intocado. Trata-se de sentença que reconhece decadência que, no caso, é pressuposto processual: não pode o autor ter perdido o prazo para a escolha do procedimento, para que o mandado de segurança, como procedimento especial, se desenvolva validamente. A decadência do direito de escolha do procedimento, além de tratar-se de pressuposto processual – e que, pois, pode ser reconhecido de ofício (art. 485, § 3º, do CPC) –, está prevista em lei, autorizando, também por isso, o reconhecimento *ex officio* da sua ocorrência. Excepciona-se, assim, a regra de que a decadência implica extinção do processo com julgamento do mérito (o que só ocorre se se tratar da decadência do direito potestativo objeto do litígio, e não do direito potestativo de escolha do procedimento, que é de natureza eminentemente processual, não compõe o objeto litigioso do processo).

e) Prescrição e decadência dos direitos do consumidor e das respectivas ações singulares.

Consoante dispõe o art. 26 "o direito de reclamar pelos vícios aparentes e de fácil constatação caduca em: I – trinta dias, tratando-se de

21. Cf. ZANETTI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 90; ZANETTI JR., Hermes. *O "novo" mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

fornecimento de serviço e de produto não duráveis; II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis... § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito", bem como o art. 27 que estabelece "prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria."

Muito embora Ricardo de Barros Leonel entenda que estes prazos são para os direitos "individuais"²² devemos fazer as seguintes observações: a) o dispositivo não restringe sua aplicação aos direitos individuais; b) o inquérito civil é indicado expressamente no art. 26 como modalidade "obstativa" da decadência ("§ 2º Obstat a decadência: (...) III – a instauração de *inquérito civil*, até seu encerramento"); c) o microsistema que o CDC prevê no Tít. III trata da defesa do consumidor em juízo, individual e coletiva, não havendo razão para distinção alegada; d) mesmo tendo sido vetado o art. 89 que determinava expressamente em relação ao Tít. III que "as normas deste Título aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente (*Vetado*)" a melhor doutrina reconhece a existência de um microsistema da tutela coletiva resultante da conjugação do art. 90 do CDC com o art. 21 da LACP.²³

Dal concluímos que não há como afastar a incidência também para os demais direitos coletivos das expressas previsões do CDC em relação à prescrição e decadência (para todos os casos em que não há norma específica nos procedimentos especiais), principalmente no que tange: a

22. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 394.

23. Sobre a existência de um sistema de tutela processual para direitos coletivos, lembra GIDI, que o veto presidencial ao art. 89 do CDC, que expressamente declararia a extensão dos dispositivos do Título III do Código a todas as ações que tutelassem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos foi ineficaz, na medida em que continuaram vigentes os dispositivos dos arts. 110, 111 e 117 do Código que permitem a leitura similar através da ação civil pública, pois alteram a estrutura da Lei 7.347/1985. Afirma, ainda, o autor: "Em outras palavras, não somente o microsistema da coisa julgada, mas toda a parte processual coletiva do CDC, fica sendo, a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seria, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo". E conclui, "o Título III do CDC combinado com a LACP fará às vezes do Código Coletivo, como ordenamento processual geral". Cf. GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77 e 83. No mesmo sentido: MAZZEI, Rodrigo. "Ação popular e o microsistema da tutela coletiva". In: *Ação Popular: Aspectos Relevantes e Controversos*. Lutz Manoel Gomes Junior e Ronaldo Fenelon Santos Filho. São Paulo: RCS, 2006; ZANETTI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 52-55.

contagem inicial do prazo prescricional ("início flexível"),²⁴ às causas de suspensão e as causas de interrupção.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe: "O veto presidencial pretendeu cortar essa extensão, mas não conseguiu atingir o objetivo colimado. É que deixou de vetar também os arts. 110 e 117, contidos no Título VI - 'Disposições Finais', que pela via da modificação da Lei nº 7.347/85 reafirmou a mesma solução de alargamento". Concluindo que "sendo assim indubitável, agora, que toda a disciplina contida no Título III do Código, inclusive a pertinente à ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos, é invocável para a tutela de outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e não apenas os respeitantes aos consumidores".²⁵

Estes são alguns casos em que havendo previsão expressa não se pode refutar a ocorrência de prescrição ou decadência, já que deve ser atendido o critério legal. Para reforçar essa conclusão, vale lembrar que a lei tem presunção de constitucionalidade, só podendo ser afastada mediante fundamentação suficiente pelo controle jurisdicional.

5. PRESCRIÇÃO E AÇÃO COLETIVA PARA A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. O JULGAMENTO DO RESP. N. 1.070.896/SC PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A tutela de direitos individuais homogêneos é, como se viu, uma ficção legislativa, criada com o objetivo de proteger um grupo de direitos individuais oriundos de uma situação comum. Cria-se, assim, uma situação jurídica distinta da situação jurídica individual, que com ela não se confunde. Reputa-se existente um *grupo de vítimas*, que seria titular de um direito à fixação de uma regra aplicável a todos os indivíduos membros do grupo, causa de pedir próxima da ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos.

Essa ligação entre o direito coletivo criado por ficção e os inúmeros direitos individuais, que dizem respeito à regra comum, em razão da origem, faz com o que o estudo da tutela *coletiva* dos direitos individuais homogêneos seja, entre todos os temas da tutela jurisdicional coletiva, o mais polêmico.

24. O termo foi utilizado, com muita propriedade, por MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003, p. 380.

25. WATANABE, Kazuo. "Arts. 81 a 90". In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 853.

A prescrição da pretensão coletiva relacionada aos direitos individuais homogêneos é um desses temas controversos.

A análise deste tema será feita em itens.

- a) A tutela condenatória dos direitos individuais homogêneos é sempre *repressiva*. Assim, pressupõe ter havido lesão comum a diversos direitos individuais ligados por circunstâncias de origem. Exatamente por conta disso, é possível cogitar prescrição das pretensões individuais, cujo prazo começa a correr da respectiva lesão (art. 189 do Código Civil).
- b) A ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos visa à obtenção de uma decisão judicial, que sirva de título executivo para a execução preferencialmente individual, a ser proposta pela vítima ou por um legitimado extraordinário para tutela de direitos individuais já certificados previamente em liquidação. É possível, ainda, que haja uma execução coletiva dessa sentença, que será residual, nos casos da *fluid recovery* (art. 100, CDC; sobre o tema, ver o capítulo sobre liquidação e execução coletivas).
- c) O prazo prescricional para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos será o prazo prescricional das respectivas pretensões individuais. Não há qualquer razão para que haja prazos diversos, um para a ação coletiva e outro para a ação individual. Assim, se se trata de pretensões individuais ressarcitórias que prescrevem em três anos, três anos será o prazo para ajuizamento da respectiva ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos. É relevante notar que esse prazo é vinculado ao direito material tutelado, não existe no ordenamento brasileiro, em princípio, nenhum prazo prescricional puramente processual.

Não foi isso o que entendeu o STJ, no REsp 1.070.896/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 14.04.2010, acórdão publicado em 04.08.2010, que, buscando socorro no microsistema da tutela coletiva, aplicou por analogia o prazo quinquenal da ação popular para o ajuizamento de ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos, nada obstante o prazo prescricional das pretensões individuais ser vintenário²⁶.

Assim, produziu o STJ uma decisão absurda e, por isso, lamentável: ao impedir a tutela coletiva, estimulou o prosseguimento (de demandas eventualmente suspensas em razão da pendência da ação coletiva) ou a

26. No mesmo sentido, STJ, 4ª T., EDcl no AREsp n. 289.300/RS, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. em 14.05.2013, publicado no DJe de 23.05.2013.

propositura de processos individuais, pois as pretensões individuais, no caso, não estão prescritas. A solução, embora envernizada pelo apelo ao microsistema, além de ruim tecnicamente (o prazo da ação popular não fora pensado para ações ressarcitórias), é, do ponto de vista da administração do Judiciário, muito ruim. E pode ser ainda pior: como os expurgos inflacionários de que tratam as demandas são referentes a 1987 e 1989, salvo se reconhecida a interrupção das prescrições individuais pelo ajuizamento das ações coletivas, como se verá abaixo, em 2010 prescreveriam todas aquelas pretensões individuais não interrompidas.

- d) O ajuizamento de uma ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos *interrompe* a prescrição das pretensões individuais. O prazo prescricional recomeça a correr, após o trânsito em julgado da decisão coletiva. Isto ocorre mesmo que tenha sido reconhecida a prescrição quinquenal no processo coletivo, consoante a equivocada orientação do STJ examinada linhas atrás.

Essa observação é importante, pois poderá o réu alegar, em liquidação ou execução individual da sentença coletiva, a prescrição intercorrente do crédito individual entre o trânsito em julgado da sentença condenatória genérica e o início da liquidação ou execução individual ou coletiva decorrente da *fluid recovery*.

Aliás, como bem observaram alguns julgados do STJ a prescrição alegável em relação ao titular do direito individual decorrente da sentença condenatória genérica quanto ao direito individual homogêneo ocorre somente se superveniente, sendo que a decisão na sentença genérica beneficia a todos, sejam ou não membros da entidade associada.²⁷

- e) Pode acontecer, ainda, que, nada obstante se tenha ultrapassado o prazo prescricional para o ajuizamento de ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos (repita-se: o mesmo prazo para as pretensões individuais), ainda remanesçam eficazes algumas pretensões individuais, beneficiadas por hipóteses de *impedimento*, *suspensão* ou *interrupção* do prazo prescricional. Embora prescrita a possibilidade da tutela coletiva, será possível a tutela individual dessas pretensões individuais remanescentes.

A observação é importante. É possível que algumas pretensões individuais não prescrevam dentro do prazo prescricional inicialmente previsto,

27. Neste sentido, AgRg no AREsp 389.004/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 18/08/2014; AgRg no REsp 1383673/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 18/08/2014.

contado a partir da lesão, tendo em vista fatos que impeçam, suspendam ou interrompam o seu curso. Assim, poder-se-ia defender que, como em tese é possível que ainda existam pretensões individuais, a tutela coletiva deveria ser imprescritível.

É preciso equilibrar a proteção coletiva com a proteção do réu. O processo coletivo impõe ao réu uma série de regras que enfraquecem a sua situação processual, comparativamente ao processo individual: a) não haverá condenação, em regra, do legitimado ativo ao pagamento das verbas de sucumbência; b) a coisa julgada é *secundum eventum probationis* e a sua extensão ao plano individual é *secundum eventum litis*; c) a apelação não tem efeito suspensivo legal; d) permite-se a *fluid recovery* etc. Todo esse modelo diferenciado de processo jurisdicional justifica-se como forma de tutelar um grupo composto por um considerável número de vítimas. É lícito afirmar que, após o transcurso do prazo prescricional, o número de vítimas que ainda podem exercer as suas pretensões individuais cai consideravelmente. As pretensões individuais remanescentes podem ser consideradas como verdadeiras *pretensões sobreviventes*; excepcionais, portanto. A tutela coletiva perde a sua justificativa, embora a tutela individual seja possível.

6. PRAZO QUINQUENAL PARA AS EXECUÇÕES DECORRENTES DE AÇÕES COLETIVAS

O STJ firmou entendimento sobre a prescrição quinquenal das ações coletivas, conforme vimos no item anterior. Igualmente, aplicando o enunciado n. 150 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que prevê a prescrição da execução no mesmo prazo que a ação, o STJ estendeu o prazo quinquenal a todas as ações decorrentes da execução da decisão na tutela coletiva²⁸.

28. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL ORIUNDO DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. VALORES PRETÉRITOS. PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO. MESMO PRAZO PRESCRICIONAL APLICADO À PRETENSÃO. SÚMULA 150 DO STF. DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O § 3º do art. 1º da Lei 5.021/66 (revogada pela Lei 12.016/09), a par de reconhecer o Mandado de Segurança como ação própria para corrigir ilegalidade ou abuso de poder cometidas no regime de remuneração dos Servidores Públicos, disciplinou seus efeitos patrimoniais pretéritos, que deverão ser pagos mediante execução, por se tratar de verdadeira condenação, aplicando-se, dessa forma, as restrições materiais ao seu uso, como sói ser a prescrição. 2. Sob o ângulo do prazo prescricional, a ação de execução segue a sorte da ação de conhecimento, na forma prevista na Súmula 150 do Pretório Exceiso, segundo a qual prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação. 3. O título executivo judicial é proveniente de pedido mandamental coletivo que postulava o pagamento, em trato sucessivo e mensal, aos integrantes da carreira de Policial Civil do ex-território do Acre, das gratificações previstas no art. 4º da Lei 9.266/96, sujeito, portanto, ao prazo prescricional de 5 anos previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32, contado a partir da data em que se tornou coisa julgada a decisão exequenda.

Todas as críticas feitas no item anterior encaixam-se perfeitamente neste tópico. Não é necessário repeti-las.

A regra é clara: em se tratando de tutela coletiva sempre deverá ser beneficiado o titular do direito individual, qualquer outra solução seria inconstitucional em face do princípio do acesso à justiça e do devido processo legal. A prescrição, ademais, é exceção na vida dos direitos, não a regra.

7. A DISCUSSÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Já se viu que a pretensão de ressarcimento ao erário em razão da prática de atos de improbidade administrativa é imprescritível, por expressa previsão constitucional.

Mas o tema é mais complexo do que se pensa.

Ada Pellegrini Grinover²⁹ sustenta a ocorrência de prescrição da ação de ressarcimento ao erário, especialmente quando veiculada pela via da "ação civil pública de improbidade administrativa".

Ela defende, basicamente: a) a ocorrência da *extinção da legitimação extraordinária do Ministério Público* pelo decurso do prazo decadencial ou prescricional previsto no art. 23 da Lei 8.429/1992;³⁰ b) a ocorrência de prazos decadenciais, no entender da autora não sujeitos a interrupção e a suspensão, e de prazos prescricionais nos casos de condenação em multa e danos morais, ainda que se falasse em imprescritibilidade do ressarcimento ao erário;³¹ c) a infelicidade da regra constitucional frente à necessidade ética de prazos extintivos dos direitos; d) a interpretação gramatical e teleológica do dispositivo constitucional – que deveria ser anotado como exceção à regra do direito administrativo, não como vedação

ou seja, da data do ato ou fato demarcador da exigibilidade da obrigação. 4. Neste caso, transitada em julgado a decisão executada em 13.10.98 (fls. 53 do apenso), a execução somente foi iniciada em 19.12.2008 (fls. 01), de sorte que inegável a incidência da prescrição quinquenal. 5. É desinfluyente a assertiva de que não foi devidamente aplicada a causa suspensiva do prazo prescricional prevista no art. 4º do Decreto-Federal 20.910/32, uma vez que tal argumentação não foi levantada no momento oportuno, a dizer, na impugnação aos Embargos à Execução, configurando-se, dessa feita, inovação de defesa em sede de Agravo Regimental. Precedente. 6. Agravo Regimental desprovido. (STJ, 3ª. S., AgRg nos EmbExeMS n. 4.565/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 28.04.2010, publicado no DJe de 14.05.2010).

29. Grinover, Ada Pellegrini. "Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição." In: *Processo civil: aspectos relevantes* – vol. 2. – Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Jr. São Paulo: Método, 2007, p. 15-56.

30. Grinover, Ada Pellegrini. *Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição*, p. 31.

31. Grinover, Ada Pellegrini. *Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição*, p. 32 e 33.

à regra própria; e) o caráter penal e afritivo da medida, ponderando inclusive que o próprio homicídio seria prescritível, e que a ausência de prazo prescricional gera intolerável insegurança jurídica); f) a jurisprudência, mesmo que assumidamente de forma direta ou indireta (prescritibilidade da ACP).³² Ao final, a autora traça um paralelo entre a Ação de Improbidade e a Ação Popular, para tanto aplicando o prazo prescricional de cinco anos do art. 21 da LAP à Ação de Improbidade; neste passo, afirma a autora: "a regra inserta no parágrafo 5º. do art. 37 da Constituição Federal não estabelece uma taxativa imprescritibilidade em relação à pretensão de ressarcimento do erário, estando também tal pretensão sujeita aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional".³³

Nosso entendimento, devidamente desenvolvido acima, é outro. Podemos restringir nossa análise à leitura do art. 37, § 5º, CF/1988. Diz o referido parágrafo: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

Lendo *a contrario sensu* chega-se à seguinte conclusão: *a lei não estabelecerá (não poderá estabelecer) prazos de prescrição para as respectivas ações de ressarcimento*. Vale dizer, o dispositivo reza que a lei deverá dispor de prazos de prescrição para apuração e responsabilização dos agentes públicos que provocarem prejuízos ao Erário.

O STF decidiu que a pretensão de ressarcimento ao Erário em decorrência de ilícito civil é prescritível³⁴. Ressalvou-se a pretensão de ressarcimento ao Erário em decorrência de improbidade administrativa, que é imprescritível.

Nos termos do julgamento do STF restou fixado que: "É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil". Interpostos embargos de declaração restaram assentados, pelo tribunal, os contornos da *ratio decidendi* nos seguintes termos do voto condutor dos embargos:

"Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como

32. Grinover, Ada Pellegrini. *Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição*, p. 21 e ss.

33. Grinover, Ada Pellegrini. *Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição*, p. 27.

34. Cf. STF, RE n. 669.069 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 03.02.2016.

os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio. Por isso mesmo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 - "Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa"; e (b) Tema 899 - "Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas". Desse modo, se dúvidas ainda houvesse, é evidente que as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado." (RE 669.069 ED RG).

O RE n. 669.069 RG, julgado em regime de recurso repetitivo e repercussão geral, dizia respeito a indenização por acidente de trânsito, responsabilidade civil do Estado, ilícito civil em essência. Não se aplica nas questões que envolvam responsabilidade administrativa, responsabilidade penal, ou seja, infrações a deveres impostos pelo direito público em geral. Trata-se de correta aplicação dos precedentes, com análise do caso. O caso em julgamento foi relevante para a conclusão de que se tratava de pretensão prescritível. Logo, haverá prescrição nos termos da repercussão geral firmada apenas nos casos de ilícito de natureza tipicamente civil.

Outro tópico debatido no texto pela autora aponta a questão da impossibilidade da interrupção ou suspensão dos prazos decadenciais. Sobre esta questão firmamos posicionamento contrário acima, mas basta lembrar que a regra expressa do art. 26, § 2º, II do CDC determina que a *instauração do inquérito civil* obsta a decadência até o seu encerramento. A impossibilidade de impedimento e suspensão na decadência é, pois, regra de direito positivo, e não uma imposição teórica. O legislador pode excepcioná-la, sem qualquer óbice teórico nem prático.

8. INÍCIO DA FLUÊNCIA, IMPEDIMENTO, SUSPENSÃO E INTERRUÇÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CDC

O prazo prescricional inicia-se somente após o legitimado coletivo ter tomado inequivocamente ciência da violação ao direito.

De fato, essa não é a interpretação literal do art. 189 do Código Civil, de resto pensado para a tutela de direitos requerida pelo próprio titular do direito afirmado. Mas ela está em pleno acordo com a *ratio* das regras

que impedem a prescrição no atual ordenamento. Assim, se na base da prescrição estão previstas as finalidades de estabilizar o direito (premissa coletiva de segurança jurídica) e de sanção pela inércia (premissa individual), pelo menos a segunda deve ser mitigada em face das peculiaridades do direito coletivo.

Alguns exemplos dessa "mitigação" pela legislação corroboram esta ordem de ideias. Não corre a prescrição contra o incapaz e o servidor público ausente do país em missão no exterior, bem como essa fica suspensa quando pendente condição suspensiva. Portanto, há idêntica razão jurídica para o impedimento da fluência do prazo nas ações coletivas, até que ocorra ciência inequívoca da lesão ou violação ao direito pelos entes devidamente legitimados à promoção da sua tutela.

Segundo a autorizada doutrina de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem: "No sistema do CDC a prescrição da pretensão é de 5 anos, mas com início flexível".³⁵ Quer dizer: "O sistema do CDC impõe que este prazo prescricional passe a correr a partir do *conhecimento* tanto do *dano* como também de sua *autoria*. Assim, não basta saber do dano (ex.: desabamento de prédio de moradia após tempestade, explosão de cozinha em virtude de botijão de gás etc.), mas a norma exige a *cumulação dos conhecimentos: autoria e dano*".³⁶

Esta é a interpretação mais adequada do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que a contagem do prazo só se inicia a partir do conhecimento *do dano* e de sua *autoria*. Como se trata de um microsistema, na pior interpretação possível, a mais restritiva, todas as ações coletivas para defesa dos direitos dos consumidores estariam acobertadas por essa especial disposição.

Mas, para além desta interpretação, é possível perceber que existe uma inter-relação entre os microsistemas consumerista e da tutela coletiva (art. 90 do CDC c/c art. 21 da LACP), sendo extensível este entendimento mais ampliativo para beneficiar a efetividade dos direitos fundamentais coletivos. Como referimos acima, a melhor doutrina reconhece a existência de um *microsistema da tutela coletiva* resultante da conjugação do art. 90 do CDC com o art. 21 da LACP.³⁷

35. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003, p. 380.

36. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003, p. 380.

37. GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77 e 83; MAZZEI, Rodrigo. "Ação popular e o microsistema da tutela coletiva". In: *Ação Popular: Aspectos Relevantes e Controvertidos*. Luiz Manoel Gomes Junior e Ronaldo Feneion Santos Filho. São Paulo: RCS.

Também é necessário saber o momento em que inicia o prazo decadencial.

Segundo o art. 26 do CDC, com relação aos vícios aparentes só poderá correr o prazo após a entrega efetiva do produto ou do término da execução do serviço; com relação aos vícios ocultos, o prazo só corre do momento em que ficar evidenciado o defeito.

Embora fosse novidade à época em que entrou em vigor a lei, hoje o tema revela-se pacificado: também para a decadência são oponíveis causas obstativas da sua fluência. O art. 207 do Código Civil expressamente permite que leis especiais prevejam causas de impedimento, suspensão ou interrupção da decadência.³⁸

Pelo menos duas causas são expressamente demarcadas pelo CDC: a) a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos ou serviços e b) a instauração de inquérito civil (claro indicativo de que este dispositivo também se refere às demandas coletivas). No primeiro caso ocorre interrupção até que ocorra resposta negativa de forma inequívoca; no segundo, até o encerramento do inquérito civil.³⁹

2006; ZANETI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletiva: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 52-55.

38. Muito embora a doutrina forneça um sem número de argumentos, ligados a própria natureza dos direitos potestativos, para não aplicar a interrupção aos prazos decadenciais, a lei contém expressa norma de abertura, permitindo que a matéria seja regulada de modo diverso.

39. Entendíamos, até a 9ª ed. deste Curso, tratar-se de prazo suspensivo. Na doutrina não há concordância se o prazo é de suspensão ou interrupção. Bastam alguns exemplos, relatados abaixo, para perceber o problema e sua densidade: "Questão inovadora no CDC foram as causas obstativas da decadência que evitam a perda do prazo para reclamar. Inovadora, pois se rompe com a falsa ideia de que o prazo decadencial nunca se suspende ou interrompe. A lei pode, perfeitamente, prever hipóteses que obstem o andamento do prazo". Rizzatto Nunes observa que a inserção do termo "obstem" foi justamente para "fugir da discussão - especialmente doutrinária - a respeito da possibilidade ou não de que um prazo decadencial pudesse suspender-se ou não, interromper-se ou não, o legislador, inteligentemente, lançou mão do verbo 'obstar'. Mas a dúvida que se instaura é quanto ao real significado de 'obstem a decadência', no sentido de saber se se trata de modalidade de suspensão, interrupção ou se seria uma nova modalidade sui generis. A doutrina, nesse ponto, não é pacífica. Nelson Nery Júnior, Zelmo Denari, Fábio Ulhoa Coelho e Luiz Antônio Rizzatto Nunes entendem que se trata de uma modalidade de suspensão e que, por isso, o prazo transcorrido antes da paralisação seria considerado. Cláudia Lima Marques, Luiz Edson Fachin, Luís Daniel Pereira Cintra e Odete Novais Carneiro Queiroz já entendem que se trata de uma modalidade de interrupção, em que o prazo anterior seria desconsiderado, beneficiando, assim, o consumidor, que disporia novamente do prazo por completo para exercer seu direito. Héctor Valverde Santana apresenta forte argumento em favor da tese da interrupção. Segundo o autor, o parágrafo único do art. 27 do CDC foi vetado pelo Presidente da República por reconhecer nele grave defeito de formulação. O dispositivo censurado dizia que seria interrompida a prescrição nas hipóteses do § 1º do art. 26 do CDC (houve um erro de remissão, já que pretendia se referir às causas obstativas do § 2º do art. 26 do CDC). William Santos Ferreira, por sua vez, possui um entendimento específico para o caso. Entende o autor que não se trata de suspensão, nem de interrupção do prazo decadencial. Na verdade, o artigo previu diferentes formas de exercício

Outras considerações podem ser feitas com relação às ações coletivas em espécie.

Por exemplo, vale ressaltar que a contagem do prazo decadencial no mandado de segurança só pode ocorrer quando da incidência da norma em face da lesão concreta. Nesse particular revela-se adequado ressaltar que não ocorre decadência do direito de impetração antes do ato ilegal e abusivo atingir a esfera jurídica concreta, causando efetivamente a lesão afirmada. Pontes de Miranda assim observa: "Ato impugnado é o ato que causou a ofensa ao direito certo e líquido, contra o qual se há de pedir a medida mandamental. Não é o ato que poderia ofender, e sim o que ofende; se ainda há, apenas, 'justo receio', nenhuma preclusão se há de temer, porque não houve, ainda, a ofensa, não nasceu, ainda, a pretensão por ato ilícito (ilegalidade ou abuso de poder)".⁴⁰

Portanto, a contagem do prazo decadencial de cento e vinte dias só tem início após a prática do ato ilegal ou abusivo; daí porque não se cogita o prazo decadencial para o mandado de segurança preventivo.

do direito com a existência de dois prazos distintos. O primeiro seria para o exercício do direito extrajudicialmente e, depois dos termos estipulados no artigo ("até a resposta negativa" e "até seu encerramento"), seria para o exercício do direito judicialmente. A posição de William Santos Ferreira, na prática, em nada difere dos que entendem que se trata de interrupção, pois, na ocorrência dos termos estipulados nos incisos I e III ("até a resposta negativa" e "até seu encerramento"), começaria a correr novamente o prazo por inteiro (30 ou 90 dias). Dessa forma, seja a posição de que se trata de dois prazos distintos, seja a posição de que se trata de interrupção, por não terem diferenças no limite temporal, servem para interpretar o termo "obstem", pois apresentam um cunho mais protetivo aos consumidores, seguindo a ratio do sistema. Por sua vez, a interpretação que entende como suspensão, por ser mais prejudicial aos consumidores, deve ser descartada. Mas, infelizmente, muitas decisões que tratam do assunto se apoiam nos entendimentos de Nelson Nery e Zelmo Denari (suspensão). GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor. Código Comentado e Jurisprudência*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 248/250. Cf. NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed., reformulada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 341. DENARI, Zelmo. "Arts. 8º a 28". In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 229; MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003, p. 371.

40. Pontes de Miranda segue, exemplificando a lição: "Se alguma lei surgisse, que dissesse 'Ficam extintas, na data desta lei, todas as enfiteuses', claro que se iniciaria desde essa data a contagem do prazo preclusivo. Não, assim, se a lei estabelecesse imposto, ou taxa, que precisasse do lançamento, ou que só começasse a incidir após algum tempo; e.g., 'o imposto, de que trata a presente lei, só se cobrará a partir de 1º de julho do corrente ano'. Não houve, ainda, a ofensa ao direito certo e líquido; não pode ser iniciada a contagem do prazo preclusivo. O 'justo receio' de vir a dar-se a ofensa legítima a impetração do mandado de segurança; não corre, porém, o prazo, que só se inicia com a prática do ato impugnado. Se alguma lei dissesse 'no dia tal, o oficial de registro de imóvel cancelará o registro de todas as enfiteuses', o mandado de segurança que antes desse momento se impetrasse, seria preventivo; porque o ato impugnado é o ato do oficial do registro de imóvel, baseado na lei". (MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado das ações*, t. 6, § 9.2, p. 76). Faz-se a ressalva de que o autor entendia ser preclusivo o prazo de impetração do mandado de segurança (faculdade processual), não prescricional (decorrente do não exercício da pretensão ou do direito-prestação a ela vinculado), no entanto, a doutrina majoritária entende tratar-se de prazo decadencial (perda do direito potestativo à impetração). Cf. MEIRELLES, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*, p. 49.

Há outra consideração importante. Interposto o mandado de segurança individual ou ajuizada qualquer outra demanda individual, que se relacione com uma ação coletiva, caso ocorra suspensão desse processo individual, após a adequada notificação (art. 104 do CDC), os direitos individuais ficam preservados, não se podendo falar em decadência nem em prescrição, já que houve o exercício do direito no plano individual.

Também quanto à improbidade administrativa será possível observar algumas peculiaridades.

A lei apresenta duas modalidades de prazos (art. 23, inc. I e II, da Lei n. 8.429/1992). O critério distintivo é a natureza do vínculo com a administração pública. Para os vínculos não permanentes (agentes políticos, cargos em comissão, função comissionada)⁴¹ o prazo é de cinco anos após o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança, e a fluência do prazo está *obstada* até o termo final da atividade temporária. Nos casos do inciso II, exercício de cargo efetivo ou emprego público, o prazo será o que disciplina a legislação específica para as faltas punidas com demissão a bem do serviço público e o prazo corre da data em que o agente praticou o ato.⁴² É bom lembrar, mais uma vez, que é imprescritível a pretensão ressarcitória, nos termos da Constituição.

Outra questão a saber é se efetivamente se trata de prazo prescricional ou de prazo decadencial. Isto porque, segundo a boa doutrina, os prazos prescricionais estão umbilicalmente ligados à tutela condenatória e os prazos decadenciais, à tutela constitutiva. A nova situação do réu, decorrente de uma das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios) é efetivamente uma mudança em seus *status* jurídicos (caráter predominantemente constitutivo, pois da sentença decorreria uma nova situação jurídica do agente).

Isso nos levaria à conclusão de serem decadenciais esses prazos. Contudo, os prazos em questão são prazos *materialmente previstos no direito administrativo como prazos prescricionais*, prescrição da pretensão punitiva da administração pública.⁴³ Reforçando a tese da prescrição, a

41. Por óbvio é rol não exaustivo, podendo incluir os contratados por tempo determinado, os convocados e requisitados e os delegados de função pública.

42. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 213.

43. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 751.

jurisprudência do STJ tem entendido que o prazo prescricional nos casos do inciso II (ato praticado no exercício de cargo efetivo ou emprego público) é o do crime correspondente, quando assim determinado na legislação específica (v.g., art. 142, § 2º da Lei n. 8.112/1990 e art. 244 da Lei Complementar n. 75/1993⁴⁵⁻⁴⁶). Portanto, pelo menos provisoriamente, é possível manter a denominação de "prescrição" para estes prazos, considerando que o que prescreve é a pretensão sancionatória do direito administrativo, nos mesmos moldes da pretensão condenatória na esfera penal, pretensão não patrimonial. Esse tipo de sanção é plenamente possível na esfera cível

44. "MANDADO DE SEGURANÇA. CONDENÇÃO DO IMPETRANTE EM FALTAS ADMINISTRATIVAS TAMBÉM TIPIFICADAS COMO CRIMES. ART. 142, § 2º, DA LEI Nº 8.112/90. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO NA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DISCIPLINAR. DESOBEDEIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, ISONOMIA, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA CONDUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INVALIDAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Considerando que o Impetrante foi condenado na pena de demissão pela prática de faltas administrativas, que também são tipificadas como crimes, aplicam-se o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90 e o princípio da consunção, pelo qual o crime fim absorve o crime meio. 2. O prazo prescricional considera-se como o do crime fim, a contar da ciência do fato pela autoridade coatora, nos termos do art. 142, § 1º, da Lei nº 8.112/90. 3. A desobediência dos princípios da legalidade, isonomia, contraditório e ampla defesa no processo administrativo disciplinar implica a sua invalidação, a partir do primeiro ato viciado. 4. Necessidade e importância da observância da forma e das formalidades básicas e essenciais, no processo administrativo disciplinar, por força do art. 2º, inciso VIII, parágrafo único, da Lei nº 9.784, como garantia de defesa do acusado. 5. Segurança concedida." (STJ, 3ª S., MS nº 8.817/DF, rel. Min. Paulo Gallotti, rel. p/ acórdão Min. Paulo Medina, j. em 13.12.2004, publicado no de DJ 22.05.2006, p. 145).

45. "RECLAMAÇÃO - ILÍCITO ADMINISTRATIVO E PENAL - MESMA CONDUTA - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA ESFERA PENAL - INEXISTÊNCIA DE FALTA RESIDUAL - IMPOSSIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO, SOB O PRETEXTO DE DAR A CONDUTA TIPIFICAÇÃO DIFERENTE, PROSSEGUIR NO PROCESSO ADMINISTRATIVO - INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 244 DA LC 75/93. I - O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva afasta qualquer efeito civil, administrativo, processual, etc., que decorreria do processo ou da sentença condenatória. O parágrafo único do art. 244 da Lei Complementar n.º 75/93 prevê: "A falta, prevista na lei penal como crime, prescreverá juntamente com este". Reconhecida esta em função do tipo penal ao qual o representante do *parquet* - titular da ação penal, enquadrando a conduta, classificação aceita pelo Juiz competente, não pode, a mesma conduta, continuar a ser investigada no âmbito administrativo. O dispositivo acima mencionado estabelece tratamento específico ao procedimento administrativo disciplinar, quando a conduta se subsumir, também, em tipo penal, certo que afirmado, pela própria Comissão de Inquérito do Ministério Público, *inexistir conduta ou falta residual a ser apurada*. II - A decisão pelo prosseguimento do processo administrativo está a negar eficácia àquela tomada no âmbito desta Corte - Ação Penal 112/DF, onde *reconhecida a prescrição e determinado o arquivamento dos autos*, conforme o Regimento Interno do STJ. III - Reclamação conhecida e julgada procedente." (STJ, Corte Especial, Rcl nº 611/DF, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 18.10.2000, publicado no de DJ 04.02.2002, p. 248).

46. Sobre o tema e seus desdobramentos, como, por exemplo, a aplicação da prescrição da pena em concreto de forma retroativa e a prescrição da pretensão executória, ambas da esfera penal, bem como os argumentos pró e contra esta extensão ver GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 554-557. Emerson Garcia adota a posição do STJ, entendendo ainda que "a independência entre as instâncias cível e penal não tem esteio constitucional, o que afasta a possibilidade de considerá-la elemento estruturante da própria função jurisdicional" - id. p. 555. Ousamos discordar nesse ponto, até porque a diferenciação das instâncias está clara na distribuição das competências para julgamento entre as matérias, nas cláusulas do devido processo legal e do contraditório.

porque, como sabido, no Brasil se adotou a jurisdição una, que tem por consequência o pleito cível *lato sensu* (Pontes de Miranda).⁴⁷

Aos demais agentes albergados pelo conceito de "agente público" previsto na Lei, quando praticam os atos de improbidade, aplica-se o mesmo prazo prescricional e causas de suspensão e interrupção previstos no inciso I (cinco anos). O terceiro que atuar em conjunto do agente público terá a mesma sorte deste.⁴⁸

Quanto ao procedimento vale uma observação: alguns autores defenderam que as peculiaridades do procedimento da ação de improbidade administrativa, desdobrado em duas fases, possibilitariam a ocorrência de prescrição, já que poderia haver grande demora na efetivação da citação para apresentação de contestação, feita após o juízo positivo de admissibilidade da petição inicial.

Importante frisar, portanto, que, com relação à ação de improbidade administrativa, o prazo interruptivo retroage à data da propositura da ação, não importando que o despacho citatório ocorra após o juízo prévio de admissibilidade da demanda.

9. A PROPOSITURA DE UMA AÇÃO COLETIVA INTERROMPE O PRAZO PRESCRICIONAL PARA A AÇÃO INDIVIDUAL?

A resposta é evidentemente positiva.

Isso porque em razão da ampliação *ope legis* do objeto litigioso do processo coletivo, com a extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva ao plano individual, serão afetados os titulares do direito individual independentemente de terem proposto demanda em nome próprio até o momento; os

47. Transcrevemos a lição: "(...) quanto à parte ou alguma ou algumas das partes estatais, o direito processual civil trata-as igualmente, sem que tenha qualquer importância a diferença entre direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham nascido no direito privado, e direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham nascido no direito público. Nos juristas europeus, mesmo os mais avançados, ainda se não chegou à concepção do pleito cível, *lato sensu*, que é a do sistema jurídico brasileiro, em que se tratam pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas (Constituição, leis ordinárias; leis, regulamentos, avisos, portarias), mas estabelecida a justiça igual sob lei processual igual, salvo exceções insignificantes, como a relativa ao processo executivo pelo Estado, no tocante a dívidas fiscais..." (sem negrito no original). MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, Tomo I, 1997 (atualização legislativa: Sergio Bermudes), p. 46.

48. Nesse sentido: "A qualidade de agente público, a um só tempo, além de permitir a subsunção do ato à tipologia legal, haverá de disciplinar a sua perquirição em relação a todos os envolvidos em sua prática, quando concorrerem dois agentes com prazos diferenciados ao terceiro será aplicado o 'mais amplo', GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 559.

efeitos serão muito similares ao da sentença penal condenatória, bastando a liquidação e execução dos valores eventualmente aferidos.

De outra sorte, não se pode falar em preservação da estabilidade das relações sociais (uma das "funções" da prescrição), já que, frente à propositura e ao eventual sucesso da ação coletiva, estas relações estão longe de estarem consolidadas. Exigir postura diferente obrigaria, ademais, aos titulares dos direitos individuais a proporem ações apenas para evitar o prazo prescricional, postura francamente contrária a um dos objetivos da tutela coletiva, que é a economia processual.

Note-se que mesmo as ações para tutela de direitos difusos e coletivos irão resultar na interrupção da prescrição para os direitos individuais decorrentes da mesma tese jurídica. Trata-se de um dos efeitos do, posterior, transporte *in utilibus*.

10. DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE E O INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA A EXECUÇÃO INDIVIDUAL FUNDADA EM SENTENÇA COLETIVA

A execução prescreve no mesmo prazo da pretensão certificada na sentença (enunciado da súmula do STF n. 150). Dúvidas há, porém, quanto ao início do prazo para executar.

A sentença coletiva pode ser executada individualmente, tendo em vista o transporte da coisa julgada coletiva favorável para a esfera individual (art. 103, § 3º, CDC).

De regra, transitada em julgada a sentença coletiva, dá-se início ao prazo prescricional da pretensão individual que pode ser executada com base naquela sentença.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou questão interessante, porém.

Discutia-se se o prazo de prescrição dessa execução começaria a correr enquanto pendente discussão sobre a legitimidade (entre sindicato e associação) para promover a execução coletiva.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que não ocorre prescrição para o ajuizamento de execuções individuais quando pendente a discussão sobre a legitimidade dos sindicatos e entidades de classe para a execução coletiva (AgRg no REsp 1.240.333-RS, Rel. Min. Castro Meira, j. em 18.10.2012):

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. DÚVIDA SOBRE A LEGITIMIDADE DA ENTIDADE DE CLASSE

Quando houver dúvida sobre a legitimidade de sindicato ou associação de classe para promover a execução de demanda coletiva, conta-se o prazo prescricional para o ajuizamento das execuções individuais pelos trabalhadores a partir da publicação da decisão sobre a legitimidade da entidade de classe. Enquanto não decidido o embate sobre a legitimidade do ente coletivo, não se pode falar em inércia por parte dos trabalhadores por ele representados. Essa só poderá ser reconhecida após o término do prazo prescricional contado a partir da publicação da decisão sobre a legitimidade da entidade. Precedentes citados: AgRg no AgRg no REsp 1.165.488-RS, DJe 30/5/2012; AgRg no REsp 1.171.508-RS, DJe 23/4/2012, e AgRg no Ag 1.367.397-RS, DJe 13/3/2012".

Esse entendimento vem ao encontro da tutela constitucionalmente adequada dos direitos coletivos, como já defendemos no *Curso*.

Não se deve falar de início do prazo prescricional quando inequivocamente existe controvérsia a respeito da legitimidade de um dos entes legitimado à execução. Assim votou o Min. Castro Meira, como relator: "A União alega que prescreveu a propositura da ação executiva, uma vez que a agravada não exerceu seu direito no quinquênio posterior à data do trânsito em julgado da sentença coletiva. De fato, é assente nesta Corte que o prazo para a pretensão executiva contra a Fazenda Pública é de cinco anos, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória. Essa é a orientação do enunciado da Súmula 150/STF: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação". No entanto, quando há controvérsia sobre a legitimidade do sindicato para propor a execução do *decisum* proferido na demanda coletiva, revela-se a inexistência de inércia do exequente, de forma que o prazo prescricional inicia-se com a publicação de decisão de reconhecimento da legitimidade, como no caso dos autos".

Somente nos casos em que é inequívoca a desídia dos interessados na execução individual fundada em sentença coletiva, quando não subsistir qualquer litígio sobre a matéria, é que poderá ser acobertada a pretensão executiva pela prescrição.

Como a legitimação coletiva se dá por substituição processual também nas execuções coletivas, os titulares dos direitos individuais que não promoverem as execuções serão beneficiados pela tutela executiva obtida, e, portanto, seria contraditório garantir a tutela jurisdicional executiva de quem não promoveu execução nenhuma (à espera da execução coletiva a ser ajuizada pelo ente considerado legitimado após a discussão a esse

respeito) e negar justamente aos que, com a permissão da lei, decidiram executar individualmente.

Correta a decisão tanto do ponto de vista da visão contemporânea da prescrição como exceção na vida dos direitos, como do ponto de vista da vedação da tutela processual deficiente e da igualdade como direitos fundamentais constitucionais.

importante Não tem a Defensoria Pública legitimidade para a instauração do *inquérito civil público*, procedimento investigatório exclusivo do Ministério Público.

9. "LEGITIMIDADE AD CAUSAM OU AD PROCESSUM" NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. PERSPECTIVAS.

O art. 5º, LXX, da CF/1988 determina que "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

A doutrina, de um modo geral, examina o inciso como legitimidade *ad causam* ativa para a propositura do mandado de segurança coletivo.

Não parece, porém, que este seja o único caminho.

Muito embora, por enquanto, aplique-se, integralmente, ao mandado de segurança coletivo o que se desenvolveu neste capítulo, gostaríamos de propor, para reflexão, as seguintes ponderações, ao final fazendo considerações gerais que são aplicáveis à regra do art. 21 da Lei 12.016/09.

muito importante Como se sabe, a legitimidade *ad causam* é a capacidade de conduzir um processo em que se discute determinada situação jurídica substancial. A legitimidade é uma capacidade que se atribui a um sujeito de direito tendo em vista a relação que ele mantém com o objeto litigioso do processo (a situação jurídica afirmada na demanda). Para que se saiba se a parte é legítima, é preciso investigar o objeto litigioso do processo, a situação concretamente deduzida pela demanda. Não se pode examinar a legitimidade *a priori*, independentemente da situação concreta que foi submetida ao Judiciário. Não existe parte *em tese* legítima; a parte só é ou não legítima após o confronto com a situação concreta submetida ao Judiciário.

Esta construção nova auxilia a resolver dois problemas sempre presentes na disciplina do processo coletivo: a) o confronto entre as correntes da legitimação autônoma para a condução do processo (*Prozessführungsrecht*) e da legitimação por substituição processual; b) a dissociação entre os momentos *ope legis* e *ope judicis*, para controle da adequada representação.

Assim, o texto constitucional não cuida, nem poderia cuidar, de legitimidade *ad causam* para o mandado de segurança coletivo. A legitimidade para o mandado de segurança coletivo será aferida a partir da situação litigiosa nele afirmada, ou seja, *ope judicis*.

A norma constitucional, na verdade, atribui capacidade processual aos partidos políticos e às entidades de classe para valer-se do procedimento do mandado de segurança (*ope legis*).

Trata-se de regra semelhante ao § 1º art. 8º da Lei n. 9.099/1995, que atribui apenas às pessoas físicas capazes, às microempresas, às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e às sociedades de crédito ao microempreendedor (conforme a redação trazida pela Lei 12.126/2009) a capacidade processual para demandar nos Juizados Especiais Estaduais (o *caput* do art. 8º exclui a capacidade processual, para demandar e ser demandado nos Juizados, do incapaz, do preso, das pessoas jurídicas de direito público, das empresas públicas da União, da massa falida e do insolvente civil).

A questão que surge é a seguinte: os outros legitimados à tutela coletiva, não previstos no inciso LXX do art. 5º da CF/88, têm capacidade processual para valer-se do procedimento do mandado de segurança coletivo? A CF/88, ao atribuir a capacidade processual referida, limita-a aos partidos políticos e às entidades de classe, ou apenas assegura que eles a possuem?

Parece que a melhor solução é, realmente, entender que se trata de uma garantia constitucional mínima atribuída aos partidos políticos e às entidades de classe.

Interessante reflexão É absolutamente irrazoável defender que as demais associações civis e o Ministério Público (outros legitimados à tutela coletiva não previstos no texto constitucional) não tenham capacidade processual para valer-se do procedimento do mandado de segurança. Podem valer-se de qualquer procedimento previsto em lei (art. 83 do CDC), mas logo em relação ao mandado de segurança, que é direito fundamental, lhes faltaria capacidade processual. Perceba: podem levar a juízo a afirmação de um direito coletivo por meio de um procedimento comum, mas não podem fazê-lo por meio do procedimento especial do mandado de segurança. Partindo da premissa de que um direito fundamental pode sofrer restrições por lei infraconstitucional, desde essa restrição encontre fundamento constitucional, pergunta-se: qual a justificativa constitucional para a restrição do direito fundamental de acesso à justiça por meio do mandado de segurança ao Ministério Público, associações civis e outros legitimados não mencionados no inciso LXX do art. 5º da CF/88?⁵³ Nenhuma.

53. Como, por exemplo, a Defensoria Pública.

É inconstitucional, portanto, qualquer interpretação do art. 21 da Lei n. 12.016/2009⁵⁴, que praticamente reproduziu o texto constitucional, que reconheça a incapacidade processual dos demais legitimados à tutela coletiva para valer-se do procedimento do mandado de segurança coletivo.⁵⁵

Foi dito que o art. 21 da Lei n. 12.016/2009 "praticamente" reproduziu o texto constitucional, porque se introduziu um excerto, que não consta da CF/88, relativo, aí sim, à legitimidade dos partidos políticos: o mandado de segurança coletivo por eles impetrado deve sê-lo "na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária". Trata-se de consagração de entendimento de que a legitimidade coletiva, mesmo aquela atribuída aos partidos políticos, não pode ser universal; é preciso que se verifique a sua adequação. Um dos critérios de adequação da legitimação é, exatamente, a pertinência temática, agora expressamente consagrada em tema de mandado de segurança coletivo. O texto segue, portanto, as premissas deste Curso, que entende que a exigência de uma "representação adequada" nos processos coletivos é decorrência da incidência do devido processo legal coletivo, conforme demonstrado no capítulo sobre os princípios da tutela coletiva. Sucede que a situação, neste caso, é um tanto diversa do ponto de vista constitucional, pois: a) se a legitimação dos partidos políticos para as ações diretas de constitucionalidade não exige pertinência temática, por que haveria de exigí-la o MSC?; b) os partidos políticos não existem em razão dos interesses de seus membros, mas sim de um programa de governo, logo o controle de sua legitimidade não pode ser restrito aos interesses dos filiados; c) a Constituição não limitou a legitimação dos partidos políticos, subjetiva ou objetivamente, justamente por valorizar estes *corpos intermediários* da sociedade civil como entes vocacionados à defesa da sociedade em face das lesões das pessoas jurídicas de direito público ou no exercício de função delegada do Poder Público já que a sua finalidade é transformar a sociedade e consequentemente fiscalizar o Poder Público no exercício de seus deveres constitucionais.

54. Art. 21 da Lei n. 12.016/2009: "O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial".
55. Nesta linha, adotando expressamente essa conclusão, com novos fundamentos, ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. "Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso?". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 203, p. 43-51; CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane. "Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 203, p. 121-147. Também neste sentido, incluindo, ainda, a Defensoria Pública no rol dos autorizados a valer-se do mandado de segurança coletivo, ZUFELATO, Camilo. "Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 203, p. 322-342.

Uma última observação, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que o requisito da constituição há mais de um ano diz respeito apenas às associações, não atingindo os demais legitimados (partidos políticos, entidades de classe e sindicatos). Entendemos, ainda, que como se trata de ação coletiva, ao aplicar o microsistema, incide também a regra do art. 5º, § 4º, da Lei n. 7.347/1985, que permite a dispensa da prévia constituição⁵⁶.

10. NOTAS SOBRE LITISCONSÓRCIO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: LITISCONSÓRCIO ENTRE "AGENTES TIDOS COMO IMPROBOS" E LITISCONSÓRCIO ENTRE O "AGENTE IMPROBO" E A PESSOA JURÍDICA DA QUAL SEJA SÓCIO MAJORITÁRIO

A lei de improbidade administrativa é uma lei de responsabilização pessoal. Pessoas naturais e jurídicas podem ser responsabilizadas (arts. 1º a 3º da Lei n. 8.429/1992)⁵⁷; podem, por isso, ser proibidas de contratar com o poder público.

A natureza da responsabilidade é pela prática de conduta ilícita. Nesse sentido, é bom lembrar que são duas as pretensões materiais; o processo de improbidade administrativa possui conteúdo complexo: uma dupla face, como bem asseverou Teori Albino Zavascki; a face *repressivo-punitiva* e a face *repressivo-ressarcitória*. A segunda pode ser veiculada por ação civil pública. Não há necessidade de, sempre, haver cumulação dos pedidos de punição e de ressarcimento.

A face *repressivo-punitiva* é típica da improbidade - e somente pelo procedimento especial pode ser veiculada. Como a responsabilidade é

56. No sentido contrário cf. Cássio Scarpinella Bueno, alegando a falta de menção expressa da nova Lei à possibilidade de dispensa, a nosso ver, contrariando o resto da excelente obra do autor, leitura puramente gramatical do sistema.
57. "Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta".

peçoal, não haverá unitariedade se houver afirmação de prática de improbidade por mais de um agente - o litisconsórcio, no caso, será simples e, porque não há exigência legal em outro sentido, facultativo. Não há litisconsórcio necessário entre os possíveis agentes ímprobos, enfim.

Mas há uma questão que exige atenção especial.

É que a responsabilização da pessoa natural ou jurídica pode resultar em proibição de contratação com o poder público, mesmo por intermédio de pessoa jurídica da qual a condenada seja sócia majoritária (art. 12, incisos I, II e III, da Lei n. 8.429/1992)⁵⁸. Lembre-se que pessoa jurídica também pode ser sócia de outra pessoa jurídica. A regra aplica-se, enfim, a pessoas naturais e jurídicas.

Assim, condenado o "agente ímprobo", não apenas ele, mas qualquer pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário não poderá contratar com o Poder Público pelo período de tempo fixado na decisão.

Surge a questão: a pessoa jurídica, da qual o "agente ímprobo" é sócio majoritário, é litisconsorte passivo necessário no processo da ação de improbidade?

Não.

Trata-se de hipótese de eficácia reflexa da sentença de improbidade (sobre a eficácia reflexa da sentença, ver o v. 2 deste *Curso*, capítulo sobre a teoria da decisão). A esfera jurídica de um terceiro é atingida reflexamente pela sentença. Nesses casos, o legislador não impõe o litisconsórcio. Seria preciso que a eficácia principal da sentença atingisse essa pessoa jurídica,

58. "Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o provento patrimonial obtido pelo agente".

o que não é o caso: não foi ela a condenada, mas um de seus sócios. Tanto que, se o sócio condenado sair da composição societária, a pessoa jurídica poderá contratar com o Poder Público.

Exatamente por isso é que aquele que pode ser assistente simples não é litisconsorte necessário daquele que pode ser por ele assistido. O assistente simples é atingido apenas pela eficácia reflexa da decisão - e é essa repercussão que o autoriza a intervir no processo.

Pode-se, então, admitir a intervenção da pessoa jurídica como assistente simples de seu sócio majoritário que eventualmente esteja sendo demandado em uma ação de improbidade de conteúdo punitivo. Mas não é litisconsorte necessário.

Há ainda uma questão prática que não pode ser ignorada.

O "agente ímprobo" pode ser sócio majoritário de um sem-número de pessoas jurídicas: não há qualquer razoabilidade em exigir-se que todas elas sejam citadas como litisconsortes. Além do mais, nada impediria que o agente constituísse novas pessoas jurídicas, das quais também seria sócio majoritário; seriam elas também litisconsortes necessárias? Não tendo sido citadas no processo de improbidade, até mesmo porque não existiam à época, não sofreriam a eficácia reflexa da sentença? Claramente, como se vê, não há litisconsórcio necessário no caso.

11. O RE N. 573.232/SC E A UTILIZAÇÃO DO PRECEDENTE PELO STF: SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DAS ASSOCIAÇÕES VERSUS REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL MEDIANTE AUTORIZAÇÃO

O STF, julgando uma ação da Associação do Ministério Público de Santa Catarina, entendeu que apenas os associados que, na data do ajuizamento da ação, haviam aderido ao polo ativo mediante expressa autorização assemblear seriam beneficiados pela procedência da ação.

O acórdão é extenso e discute vários pontos importantes.

Contudo, observando-se o inteiro teor em uma leitura atenta, apenas houve convergência da votação em relação a uma *ratio decidendi*, a um dos fundamentos para a decisão. Apenas esse se tornou, por consequência, o fundamento determinante para a aplicação do precedente para os casos futuros.

Assim, aplicando-se a regra dos julgamentos colegiados que exige a convergência dos votos para a identificação dos fundamentos determinantes, a tese vencedora tratou não de *substituição processual*, em ação

coletiva, conforme prevista no art. 129, III e § 1º, da CF/88, mas de ação por representação, consoante o previsto no art. 5º, XXI, da CF/88⁵⁹.

Como vimos, a substituição processual não exige a autorização. Nos processos coletivos a substituição processual é autônoma e independe de autorização.⁶⁰ Já a representação, por ser tutela de direito alheio em nome alheio, requer obrigatoriamente a autorização.

"REPRESENTAÇÃO - ASSOCIADOS - ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. Título Executivo Judicial - Associação - Beneficiários. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação

59. É importante deixar bem claro que a associação tem duas formas de atuação em juízo: (a) ação coletiva por legitimação extraordinária em substituição processual, atuando em nome próprio para a defesa de direito alheio (artigo 82, inciso IV do CDC e artigo 5º, inciso V da LACP); e (b) ação individual em litisconsórcio em nome dos associados por representação processual, atuando em nome alheio para defesa de direito alheio (artigo 5º, inciso XXI CF/88). Em sentido diverso do entendimento defendido neste Curso, Sérgio Shimura afirma que as associações podem agir de três formas: legitimação ordinária na defesa de direitos difusos e coletivos; legitimação extraordinária na defesa de direitos individuais homogêneos e com mera representação, quando age em nome e na defesa de direitos de seus associados (SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quatier Latin, 2005, p. 142-170). Neste Curso, defende-se que a associação quando age por meio de ação coletiva, atua sempre em legitimação extraordinária, por substituição processual, independentemente do direito coletivo tutelado, dessa forma, respeitando a opinião do jurista, não se coaduna com todo seu posicionamento, somente quanto à questão da diferenciação entre legitimidade extraordinária por substituição processual e por representação. Sobre o tema conferir: "A utilização de uma técnica não exclui a outra, na medida em que ambas convivem normal e regularmente dentro do ordenamento, cabe à associação definir, a partir da análise do caso concreto, qual alternativa se mostra mais adequada à estratégia que pretende seguir. Optando-se por uma ação coletiva por substituição processual, a coisa julgada atingirá erga omnes todos os membros do grupo substituído, já se tratando de uma ação por representação, a coisa julgada atingirá somente os representados que autorizaram a associação a atuar em seu nome" (ZANETI JR., Hermes; FERREIRA, Carlos Frederico Bastos; ALVES, Gustavo Silva. A ratio decidendi do precedente STF/RE 573.232/SC: substituição processual v. representação processual. Desnecessidade de autorização assemblear nas ações coletivas em defesa ao consumidor. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 108, nov./dez. 2016; cf., ainda, VENTURI, Elton. O problema da "representação processual" das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do Supremo Tribunal Federal. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2016, v. 41, n. 255, p. 286-287). No regramento do Mandado de Injunção vale conferir, o art. 12, III, que deixou clara a desnecessidade da autorização dos membros na hipótese de impetração de mandado de injunção coletivo: "art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: [...] III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial" (Lei n. 13.300 de 2016).

60. Este é o entendimento do STF, também, nos mandados de segurança coletivos, conforme o enunciado da súmula n. 629, "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes".

no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.(RE 573232, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014).

É importante reafirmar que no nosso entendimento esse precedente se aplica apenas ao caso previsto no art. 5º, XXI, CF/88.

Isto porque, nos debates que se seguiram, com extensos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Teori Zavascki, entre outros, a questão foi ampliada. No voto do Min. Teori foram discutidos outros pontos, inclusive sobre a legitimação das associações e a constitucionalidade do art. 2-A da Lei 9.494/1997. Contudo, como ficou assentado no inteiro teor do acórdão, o Recurso Extraordinário foi parcialmente conhecido e provido unicamente quanto à questão pré-questionada. Conforme se lê nas fls. 68, o Min. Teori Zavascki esclarece que reduz seu voto e acompanha o relator. Não se discute a constitucionalidade da exigência prevista no art. 2º-A da Lei 9.494/97. Portanto esse extenso acórdão do Pleno do STF tem apenas a força de precedente quanto à interpretação do texto do art. 5, XXI, CF/88, entendendo os Ministros, por maioria, que é exigível a autorização direta dos beneficiários para a representação processual, quando não ocorrer autorização assemblear. Não bastando, portanto, para preencher os pressupostos do texto constitucional, a autorização genérica nos estatutos.

O STJ vem aplicando o precedente de forma muito mais ampla:

"O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema e, no julgamento do RE n. 573.232/SC, cristalizou sua jurisprudência no sentido de que as balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. 2. Reconsideração do acórdão proferido no Agravo Regimental para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento (art. 543-B, § 3º, do CPC)." (STJ, REsp 1165040/GO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 05/02/2016)

Ora, o art. 2º-A da Lei 9.494/1997 trata da necessidade de juntada do rol de associados quando a ação for ajuizada em face da Fazenda Pública. O problema é que o STJ tem aplicado para além das causas em que é parte a Fazenda Pública, inclusive para direitos do consumidor. Mais que isto, como vimos, não se tratava no caso do STF de uma ação coletiva, mas sim de uma ação por representação.

Infelizmente a tese está sendo seguida em diversas decisões.⁶¹ Com uma consequência prática importante, o STJ tem exigido a necessidade de expressa autorização dos associados para a defesa de seus direitos em juízo, seja individualmente, seja por deliberação assemblear, não bastando, para tanto, a previsão genérica no respectivo estatuto.

E mais, caso ocorra dissolução da associação que ajuizou ação civil pública, não é possível a sua substituição no polo ativo por outra associação, ainda que os interesses discutidos na ação coletiva sejam comuns a ambas:

Reconhece-se, pois, a absoluta impossibilidade, e mesmo incompatibilidade, de outra associação assumir o polo ativo de ação civil pública promovida por ente associativo que, no curso da ação, veio a se dissolver (no caso, inclusive, por deliberação de seus próprios associados). Sob o aspecto da representação, afigura-se, pois, inconciliável a situação jurídica dos então representados pela associação dissolvida com a dos associados do "novo ente associativo", ainda que, em tese, os interesses discutidos na ação coletiva sejam comuns aos dois grupos de pessoas. 4.1 Na espécie, a partir da dissolução do ente associativo demandante, a subtrair-lhe não apenas a legitimação, mas a própria capacidade de ser parte em juízo, pode-se concluir com segurança que os então associados não mais são representados pela associação autora, notadamente na subjacente ação judicial. Por sua vez, a nova associação, que pretende assumir a titularidade do polo ativo da subjacente ação civil pública, não detém qualquer autorização para representar os associados do ente associativo demandante. Aliás, da petição de ingresso no presente feito, constata-se que o petitório não se fez acompanhar sequer da autorização de seus próprios associados para, no caso, prosseguir com a presente ação, o que, por si só, demonstra a inviabilidade da pretensão. E, ainda que hipoteticamente houvesse autorização nesse sentido (de prosseguimento no feito), esta, por óbvio, não teria o condão de suprir a ausência de autorização dos então associados da demandante, o que conduz à inarredável conclusão de que a associação interveniente não possui legitimidade para prosseguir com a presente ação. 4.2 In casu, o Ministério Público, ciente da dissolução da associação demandante, não manifestou interesse em prosseguir com a subjacente ação coletiva, o que enseja a extinção do feito, sem julgamento de mérito. 5. Recurso Especial provido." (STJ, REsp 1405697/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 08/10/2015)

61. Entre muitos, conferir: REsp 1182454/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016; EDcl no AgRg no Ag n. 1.153.529/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/12/2015; REsp 1129023/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016;

Esperamos que o STF controle o uso indevido do precedente e que o STJ reveja o entendimento adotado até agora. Este entendimento pode prejudicar ainda mais a combalida associatividade brasileira em torno da tutela coletiva de direitos.

Existem outras maneiras de controlar o eventual abuso de demandar: por exemplo, o juiz poderá certificar a ação coletiva no processo de conhecimento, convertendo uma ação coletiva em uma ação por representação (espécie de coletiva *opt in*) quando isto se afigurar mais conveniente à tutela dos direitos e aos interesses do grupo representado.⁶²

De todo modo, como defendido neste curso, caso ocorra a extinção da associação, ou seja, reconhecida a sua ilegitimidade, o Ministério Público ou outro legitimado, desde que adequado, poderá assumir o polo ativo.

12. OUTROS PROBLEMAS RELACIONADOS À LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Há diversas questões relacionadas à legitimação ativa do Ministério Público para as ações coletivas. Uma delas é a possibilidade de controle judicial desta legitimação, já examinada neste capítulo. Há outras, porém, como o problema da legitimação para a defesa de interesses individuais homogêneos e para a proteção do erário. Essas questões serão examinadas no capítulo dedicado aos "Aspectos gerais da tutela coletiva", no item em que examinamos a relação entre o Ministério Público e o processo coletivo. Lá também será analisado o litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos, previsto no art. 5º, § 5º, LACP, e reconhecido pelo STJ (1ª. T., REsp n. 1.444.484/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 18.09.2014, publicado no DJe de 29.09.2014).

62. DODSON, Scott. An Opt-In Option for Class Actions. *Michigan Law Review*, vol. 115, n. 2, 2016.

Intervenção de terceiros

Sumário - 1. Assistência: 1.1. Premissa geral para o exame do interesse jurídico que justifica a intervenção como assistente; 1.2. Causas que versam sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu*; 1.3. Assistência nas causas que versem sobre direitos individuais homogêneos (Art. 94 do Código de Defesa do Consumidor); 1.4. Assistência na ação popular - 2. Intervenção de *amicus curiae* em ações coletivas - 3. Intervenção móvel da pessoa jurídica interessada na ação popular e na ação de improbidade administrativa (despolarização da demanda): 3.1. Generalidades; 3.2. Intervenção móvel da pessoa jurídica de direito privado e a Lei n. 12.846/2013 - 4. A denúncia da lide em ação civil pública: 4.1. Generalidades; 4.2. A denúncia da lide e o chamamento ao processo nas causas coletivas de consumo - 5. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (*lato sensu*) como assistente simples em processo individual.

1. ASSISTÊNCIA

1.1. Premissa geral para o exame do interesse jurídico que justifica a intervenção como assistente

A intervenção como assistente pressupõe a demonstração de um interesse jurídico na causa em que se pretende intervir. O interesse jurídico manifesta-se seja pelo fato de o terceiro manter relação jurídica vinculada à que está deduzida, seja por ele se afirmar titular da relação jurídica deduzida ou legitimado extraordinário a discuti-la em juízo.

O interesse jurídico afere-se, portanto, sempre à luz do objeto litigioso do processo.

Conforme defendido ao longo de todo esse *Curso*, o devido processo legal coletivo pressupõe a adequação das normas processuais às particularidades da *situação jurídica litigiosa* (direito difuso, coletivo ou individuais homogêneos) ou do *conflito* (local, global ou irradiada)¹.

São dois, portanto, os parâmetros para a verificação do interesse jurídico: a espécie de situação jurídica litigiosa e o tipo de conflito. Primeiramente, examina-se a relação do terceiro com o direito discutido; em seguida, a relação do terceiro com o conflito que precisa ser resolvido.

1. De acordo com a sistematização apresentada por Edilson Vitorelli, examinada no capítulo sobre as situações jurídicas coletivas: LIMA, Edilson Vitorelli Diniz: "O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional". 2015. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, p. 78-97.

Alguns exemplos.

Imagine-se uma ação popular proposta por um cidadão de Salvador, contra ato praticado pela Prefeitura. Um outro cidadão, do município de Aracaju, pede para intervir como assistente. O terceiro tem legitimidade para a tutela desse tipo de direito difuso, mas o seu distanciamento em relação ao conflito lhe impede de intervir como assistente.

Suponha-se uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, em defesa dos direitos de determinada comunidade indígena. Essa mesma comunidade indígena pede para intervir como assistente. Nesse caso, trata-se de requerimento de intervenção formulado pelo titular do direito discutido, o que basta para autorizar a assistência: o direito discutido é dessa comunidade e o conflito, que é local, lhe diz respeito diretamente. Trata-se de litígio de difusão local.

Observe-se o caso dos danos ao consumidor provocados por um produto viciado colocado no mercado de consumo brasileiro. Todos que se afirmam titulares de direitos individuais poderiam ajuizar ações individuais. As ações individuais poderiam dar ensejo à instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e segs., CPC). A mesma situação de lesão permite o ajuizamento de uma ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos. Esse é um litígio de difusão global, atingindo a todos os consumidores lesados no território brasileiro, sem distinção. Nem por isso, muito embora possam ajuizar ações individuais, todos os consumidores serão admitidos como assistentes litisconsorciais ulteriores nas ações coletivas ajuizadas, utilizando da permissão prevista no art. 94 do CDC, isso porque aquela permissão deve ser analisada pelo juiz quanto à pertinência da intervenção: há nítida distinção entre as situações jurídicas individuais e as situações jurídicas ocorrentes nos direitos individuais homogêneos.

Por fim, perceba-se que, em casos como a transposição de um rio ou a construção de uma central hidrelétrica de grande porte, poderão ser atingidos muitos grupos de pessoas, com interesses distintos entre si, igualmente tutelados pela norma. Nestes casos, litígios de difusão irradiada, a participação poderá seguir a via da intervenção de terceiros tradicional, quando for possível comprovar o interesse direto do grupo no objeto litigioso, por exemplo, nas hipóteses de colegitimação, ou - não sendo caracterizado o interesse jurídico - a via da participação mediante a intervenção de *amicus curiae* (art. 138) ou em audiência pública.

1.2. Causas que versam sobre direitos difusos e coletivos stricto sensu.

1.2.1. Intervenção do indivíduo

O problema há de ser investigado em duas frentes, todas elas relacionadas à assistência no polo onde se afirma uma situação jurídica coletiva: a) saber se é possível a intervenção de um indivíduo; b) saber se é possível a intervenção de um colegitimado. Não há peculiaridades em relação à assistência no polo onde se afirma uma situação jurídica individual.

Não pode o indivíduo intervir como assistente nas causas coletivas, no polo onde se defende uma situação jurídica coletiva. Essa intervenção, que só poderia ser aceita na qualidade de assistência simples, além de problemas de ordem prática, não se justifica pela absoluta ausência de interesse, pois o resultado do processo não pode ser-lhe desfavorável: a coisa julgada coletiva só é transportada para a esfera particular *in utilibus*².

No incidente de julgamento de casos repetitivos, a parte de processo em que se discuta a questão repetitiva pode, no entanto, intervir. Essa diferença de tratamento tem uma justificativa evidente: a solução do incidente repercute em todos os membros do grupo *pro et contra*, como precedente, diferentemente da coisa julgada coletiva, que somente pode beneficiar o membro do grupo. Remete-se o leitor ao capítulo 2, em que tratamos das aproximações e distinções entre o processo coletivo das ações coletivas e o processo coletivo do julgamento de casos repetitivos.

Note que não se aplica, ao caso, o disposto no parágrafo único do art. 18 do CPC, que permite a intervenção do *substituído* como assistente litisconsorcial. O substituído, em uma ação coletiva, jamais é um indivíduo; a tutela coletiva serve a direitos de um *grupo*; o grupo, ressalvada a comunidade indígena, não tem personalidade judiciária e, por isso, não poderia intervir no processo.³

2. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 54-55.
3. Próximo desta visão, BARRETO, Susana Cadore Nunes. "Novo Código de Processo Civil e o microsistema de processos coletivos: uma análise do art. 18". In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 285/304 (DIDIER JR., Fredie (coord. geral). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8). Entendendo que a legitimação para os processos coletivos não se dá por substituição processual, mas por legitimação autônoma para a condução do processo ou qualquer outro *tertium genus*, evidentemente o problema não se colocará. Neste sentido, entre muitos, cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. "O processo coletivo refém do individualismo" In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 133/156 (DIDIER JR., Fredie (coord. geral). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8), esp. p. 149.

1.2.2. Intervenção de um colegitimado

A situação muda de figura, entretanto, quando se analisa a possibilidade de intervenção de um *colegitimado* à propositura da ação coletiva. Esse, legitimado que é à própria propositura da demanda, por consequência está legitimado a intervir como assistente da entidade que patrocinou a causa. Essa intervenção será na qualidade de *assistente litisconsorcial* - na verdade, passa o colegitimado, uma vez intervindo, a ser litisconsorte unitário do legitimado coletivo que já estava na causa, recebendo o processo no estado em que se encontra, mas com os mesmos poderes deste.^{4,5}

O art. 3º, § 5º, da Lei nº 7.853/1989,⁶ que regula a ação civil pública para a tutela dos direitos relativos às pessoas portadoras de deficiência, e o § 2º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985,⁷ são dispositivos que expressamente autorizam o *litisconsórcio unitário ulterior facultativo*, que nada mais é do que a *assistência litisconsorcial*.

Essa possibilidade de intervenção também pode ser extraída do enunciado que *autoriza o colegitimado a prosseguir a causa*, assumindo a titularidade ativa, por sucessão processual, em caso de *desistência infundada ou abandono da ação pela entidade legitimada que a interpusera* (art. 5º, § 3º, Lei nº 7.347/1985).

Chega-se, assim, a uma conclusão interessante: *é possível que o assistente litisconsorcial em causas coletivas se comporte contrariamente aos interesses do assistido*. Se se demonstrar que o assistido - outro colegitimado que é -, não está agindo com a diligência necessária, (firmando acordo que seja lesivo ao interesse público, p. ex.) pode o assistente voltar-se contra esta conduta, para impedir a produção dos seus efeitos.

1.2.3. Intervenção do indivíduo legitimado à propositura de ação popular

Problema interessante é saber se o cidadão-eleitor pode intervir nos casos em que as demandas coletivas propostas pelos entes coletivos (art.

4. Sobre a circunstância de a intervenção de um colegitimado à propositura da ação ser na qualidade de assistente litisconsorcial: ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência Litisconsorcial*, p. 65-66; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil*, 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 282; ALVIM, Thereza. *Direito Processual de estar em juízo*, p. 231 e segs.
5. Também assim, GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 55-56; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, p. 211; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6ª ed., p. 1570.
6. "Fica facultado aos demais legitimados ativos habilitarem-se como litisconsortes nas ações propostas por qualquer deles".
7. "Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes".

5º da Lei nº 7.347/1985; art. 82 do CDC) tenham objetivo coincidente com o de possível ação popular (anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente etc. - ações populares multilegitimárias).

Assim, se a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo atinge o interesse difuso, passível é a propositura da ação civil pública fazendo às vezes de uma ação popular *multilegitimária*⁸.

Como a *tutela dos direitos coletivos é atípica* (art. 83, CDC),⁹ é plenamente possível que uma ação civil pública verse sobre o mesmo tema, com mesmo objeto inclusive, que uma ação popular. Embora com procedimentos distintos, haveria litispendência se ajuizadas simultaneamente, já que a similitude do procedimento é irrelevante para a configuração daquela, como visto em capítulo específico deste livro.

Na verdade, o cidadão é, em algumas hipóteses (as da ação popular), um colegitimado à tutela coletiva e, nessa condição, pode intervir no processo coletivo que tenha objeto semelhante.

Tradicionalmente, entende-se que, embora possa intervir, não pode o indivíduo propor demanda coletiva senão a ação popular, daí que, se o ente coletivo desistir do feito, não poderá o cidadão nele prosseguir.¹⁰ Podendo intervir, está legitimado a recorrer - mas se a outra parte tiver desistido da causa, seu recurso não poderá ser processado. Talvez esse entendimento deva ser superado, sobretudo em um sistema que permite a legitimação do indivíduo para a provocar a instauração de processo coletivo na modalidade julgamento de casos repetitivos (art. 977, II, CPC). Ademais, podendo o mais, propor a ação coletiva com determinado objeto, por que não poderia o menos, prosseguir com a ação já proposta?

8. STJ, 1ª T., REsp n. 401.964/RO, rel. Min. Luiz Fux, j. em 22.10.2002, publicado no DJ de 11.11.2002, p. 155.
9. "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela". Sobre a atipicidade da tutela coletiva, a admitir todas as espécies de procedimento, WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, p. 742-747.
10. "Contudo, se o litisconsorte-assistido desistir da demanda, o lesado deverá propor a sua própria ação popular, porque não estaria legitimado, pelos róis das Leis nº 7347/85 (art. 5º) e nº 8078/90 (art. 82), a ajuizar sozinho demanda coletiva. Aceitar-se possibilidade diversa desta seria o mesmo que entender que os róis, taxativos, pudessem transmutar-se em exemplificativos, em determinadas hipóteses, o que não se coaduna com o sistema de legitimação para a defesa, em juízo, dos interesses transindividuais". (VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 88-89).

1.3. Assistência nas causas que versem sobre direitos individuais homogêneos (art. 94 do Código de Defesa do Consumidor)

O Código de Defesa do Consumidor prevê, expressamente, a possibilidade de o particular intervir nas causas que versem sobre direitos individuais homogêneos:

"Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor".

A intervenção será na condição de *assistente litisconsorcial*, verdadeiro litisconsorte ulterior, intervindo, o particular submete-se ao julgamento da causa.¹¹ Como o objeto litigioso lhe diz respeito de alguma maneira, pois é a expressão coletiva de um feixe de direitos individuais, que considera inclusive o direito afirmado pelo indivíduo requerente, o particular tem interesse jurídico em intervir na demanda.

O particular é, nesse ponto, um legitimado extraordinário do grupo de vítimas, titular do direito discutido e, ao mesmo tempo, legitimado ordinário para a defesa de seu direito individual reflexamente atingido. Ele não intervém para discutir direito próprio, mas acaba, por via reflexa, também discutindo seu direito. Sucede que a legitimação extraordinária é subordinada: o indivíduo não pode propor a ação coletiva, mas pode aderir a ela; sua atuação está, então, subordinada à dos legitimados coletivos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública, associações civis etc.).

Há de ponderar-se, entretanto, que, ao menos em tese, é possível que se forme um litisconsórcio ativo ulterior gigantesco (litisconsórcio ativo multitudinário), o que sem dúvida pode comprometer a duração razoável do processo e a eficiência desse tipo de mecanismo de tutela coletiva.¹² Por

11. Ao intervir na causa, o particular submete-se ao que foi decidido, sendo atingido pela coisa julgada *inter partes*; assim, mesmo que haja improcedência do pedido, ele não mais poderá ingressar com a sua ação individual (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 139-140). Se ele não houvesse intervindo, acaso o pedido fosse julgado improcedente, isto não impediria que ele ingressasse com a demanda individual, pois, como veremos, a coisa julgada é *secundum eventum litis* (art. 103, III, CDC). É a exegese do art. 103, § 2º, CDC: "Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual".

12. "Se ele [o consumidor] perceber que o processo coletivo está demasiadamente lento ou conduzido de maneira contrária a seus interesses, poderá requerer a sua exclusão do processo coletivo, fundamentadamente (CPC, art. 267, VIII)". (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*, p. 144; o texto entre colchetes é nosso; o art. 267, VIII, do CPC-1973 corresponde ao art. 485, VIII, do CPC-2015).

outro lado, como procura a tutela de seu direito individual conjuntamente com a do direito coletivo, há de ser analisada sua adequada representação em concreto, sua capacidade de traduzir os interesses do grupo pela defesa de sua pretensão individual e seus recursos para buscar a efetividade da tutela na ação coletiva. Como o indivíduo não sofrerá os efeitos daninhos de um julgamento pela improcedência do pedido caso não intervenha, pois a extensão da coisa julgada é *secundum eventum litis*, pode não ser admitida essa possibilidade de intervenção, potencialmente capaz de gerar tumultos indesejáveis¹³.

O juiz poderá, portanto, indeferir a assistência pelos titulares de direitos individuais sempre que sua participação no processo coletivo puder gerar risco de litisconsórcio multitudinário ou esses não se apresentarem como adequados representantes do grupo; ou seja, quando, ao contrário de contribuir para a tutela dos direitos, a intervenção dos titulares de direitos individuais lhe for prejudicial.

De outro lado, essa intervenção propicia a participação de membros da coletividade diretamente atingidos pelo ilícito afirmado na demanda. Essa intervenção serve, sob esse ponto de vista, como uma forma de estabelecer o diálogo entre o legitimado coletivo e membros do grupo cujos interesses pretendem defender. É também um raro momento em que um membro do grupo é legitimado à discussão, em juízo, dos interesses do grupo, ainda que essa legitimação seja subordinada. Isso pode permitir um controle mais efetivo da atuação do legitimado extraordinário, indispensável para a construção de um devido processo legal coletivo. Além disso, essa intervenção pode servir como meio de comunicação entre a comunidade lesada e o órgão julgador, que pode angariar novos subsídios para a sua decisão¹⁴, imprescindíveis em litígios mais complexos¹⁵.

A subordinação da intervenção não obsta a que os indivíduos venham a recorrer isoladamente ou mesmo continuar na ação em caso de desistência ao abandono.

13. "Afigura-se-nos de todo insatisfatório e injustificado o tratamento diferenciado que o CDC deu à matéria. Muito mais adequado seria se adotasse o mesmo tratamento que dispensou para os casos de defesa coletiva de direitos superindividuais (difuso e coletivo), em que vedou a intervenção do particular na ação coletiva, mas impediu a formação de coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* nos casos de improcedência por insuficiência de provas". (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*, cit., p. 56).

14. A favor da intervenção, demonstrando a sua utilidade prática, VENTURA, Elton. "Sobre a intervenção individual nas ações coletivas". *Aspectos polêmicos e atuais sobre as terceiras no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2004, p. 256-262.

15. Até a 9ª edição desse livro, não víamos com bons olhos essa intervenção. A leitura do livro de Edilson Vitorelli, citado linhas atrás, alterou o modo como enxergamos a participação no processo coletivo: isso alterou nossa visão sobre legitimidade e intervenção de terceiros, necessariamente.

Intervindo sobre eles recairá o regime da coisa julgada individual, nos termos do art. 103, § 2º do CDC.

1.4. Assistência na ação popular

Prevê o § 5º do art. 6º da Lei nº 4.717/1965: "É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular".

O autor popular atua na defesa de interesse da coletividade; como o objeto litigioso pertence à coletividade de que faz parte do autor, pode outro cidadão-eleitor, que porventura não tenha ingressado com a ação, intervir como assistente litisconsorcial – pois é um colegitimado. Apenas cidadão poderá intervir como assistente do autor.

Sucede que todos os cidadãos-eleitores podem, em tese, intervir, o que, sem dúvida, levaria a um comprometimento da viabilidade prática de o processo prosseguir. Como, no caso, o litisconsórcio que se forma é no polo ativo, e, além disso, multitudinário, fica permitido ao magistrado invocar a regra do § 1º do art. 113 do CPC, que permite a recusa do litisconsórcio ativo nessas situações, quando houver possibilidade de dificultar a rápida solução do litígio ou a formulação da defesa.¹⁶ Cabe ao magistrado, como visto, controlar a legitimidade *ad causam* coletiva, mesmo que, no caso, restrita à legitimidade para a intervenção. Outro critério possível é a verificação da adequada representação em concreto, visto que o cidadão deverá demonstrar que tem interesse relevante na causa, conhecimento do tema em discussão e condições de contribuir com a resolução do litígio.

E o Ministério Público pode tornar-se assistente litisconsorcial do autor popular?

Considerando que a legitimidade para a promoção da ação popular, prevista na Lei nº 4.717/1965 e na Constituição Federal, é exclusiva do cidadão, ou seja, do nacional no gozo dos direitos políticos, a princípio não é reconhecida ao Ministério Público a legitimidade *ad causam*, suficiente a permitir que a promova como litisconsorte do autor.

16. RODRIGUES Geisa. "Da ação popular". *Procedimentos especiais cíveis - legislação extravagante*. Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 290. Há, ainda, julgado colhido por Theotônio Negrão, mais ou menos neste sentido, anotado da seguinte forma: "Embora qualquer cidadão tenha legitimidade para propor ação popular, para que ingresse no feito como litisconsorte ou assistente do autor deverá provar seu interesse processual (RT 635/206)." (*Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, p. 1.036, nota 2b ao art. 6º da Lei Federal n 4.717/65).

Há autores, porém, que sustentam a *multifacetária* atuação do Ministério Público na ação popular, colocando, dentre elas, a possibilidade de ele tornar-se litisconsorte do autor. A propósito, tem-se a lição de José Afonso da Silva, para quem o *Ministério Público* "ora age como defensor da lei, ora como assistente, como autor ou como parte, como exequente, recorrente, litisconsorte ativo, pelo que se torna difícil estabelecer a natureza da intervenção. Há, porém, na gama dessas atividades, uma missão, da qual ele não desgarra e nem pode desgarrar-se um só instante: a sua missão de defensor da lei, da ordem jurídica".¹⁷

Essa corrente se justifica na circunstância de o mesmo bem tutelado na ação popular poder ser tutelado em ação civil pública, sendo possível, como visto, cogitar-se litispendência entre elas, não obstante a diversidade de procedimentos. Cumpre lembrar que o Ministério Público será sucessor processual do autor popular, que porventura desista/abandone a causa (art. 9º da Lei nº 4.717/1965). Essas duas circunstâncias revelam, ao que parece, poder o Ministério Público, embora não possa ser inicialmente litisconsorte, tornar-se assistente litisconsorcial do autor popular e, portanto, litisconsorte ulterior.

E as associações civis poderiam?

Pelos mesmos argumentos, pensamos que sim.¹⁸

Não se pode olvidar, no estudo das demandas coletivas, a própria razão de ser da sua existência. Permitir-se, sem qualquer controle, a intervenção dos cidadãos, seria dar uma oportunidade para a inviabilização desta garantia constitucional.

Lembre-se o que se disse no subitem introdutório: a intervenção como assistente pressupõe vínculo com o direito discutido e com o tipo de conflito.

Resta examinar o cabimento da assistência no polo passivo. Entendemos que, no particular, vigem as regras comuns do Código de Processo Civil relativas ao cabimento assistência.¹⁹

17. SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191. Já citado por: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*, 8ª ed. revista e atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 270.

18. Também assim, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 260.

19. RODRIGUES, Geisa de Assis. "Da ação popular". *Procedimentos Especiais Cíveis - Legislação Extravagante*. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 290; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, p. 207.

2. INTERVENÇÃO DE AMICUS CURIAE EM AÇÕES COLETIVAS

Desde a primeira edição desse livro, defendíamos a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em processos coletivos. À míngua de texto legal que a autorizasse, a ideia era permiti-la como intervenção atípica²⁰.

Há, porém, previsão expressa de intervenção de *amicus curiae* em ações coletivas que versem sobre questões relacionadas à proteção do mercado de capitais (intervenção obrigatória da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, art. 31 da Lei nº 6.385/1976) e à proteção da concorrência (intervenção obrigatória do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, art. 118 da Lei Federal n. 12.529/2011).

Sucedo que, com o CPC-2015, a previsão de intervenção de *amicus curiae* foi generalizada. O art. 138 do CPC é claro ao permitir a intervenção do *amicus curiae* em causas "relevantes" ou com "repercussão social", características facilmente encontráveis em processos coletivos.

Não há mais espaço para a discussão sobre o cabimento de intervenção do *amicus curiae* em processo coletivo. Trata-se, assim, de mais um impacto positivo do CPC-2015 na tutela jurisdicional coletiva.

Na doutrina, há defesa de que a intervenção por *amicus curiae* poderá ser utilizada para permitir a intervenção individual dos membros do grupo no processo coletivo. Assim, os membros do grupo e as associações, entre outros interessados, poderão indicar defeitos na atuação do colegitimado que ajuizou a ação ou colaborar com sua atuação, fornecendo dados, informações e esclarecimentos sobre o objeto do processo.

Essa abordagem tem uma série de vantagens: a) permite a participação do membro do grupo sem que ocorra discussão sobre sua legitimidade, pois, "supera entraves dogmáticos, pragmáticos e políticos que dificultam a aceitação de indivíduos como assistentes das partes no processo coletivo"; b) permite um amplo controle social da legitimação, afinal "a participação de um *amicus curiae* retira do juiz e do Ministério Público, quando atua como *custos legis*, a responsabilidade por controlarem sozinhos a adequação do representante"; c) amplia o contraditório, compreendido como direito de influência e dever de debates, o que fomenta uma decisão mais qualificada, pois "contribui para

20. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 633-640; DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, v. 4, p. 231-232.

o exercício do contraditório ao fomentar uma discussão multilateral. Afinal, não apenas os membros dos grupos afetados podem participar do debate na qualidade de *amici curiae*, mas qualquer pessoa que tenha um profundo interesse na resolução da causa".²¹

A intervenção do *amicus curiae* foi examinada no v. 1 deste Curso.

3. INTERVENÇÃO MÓVEL DA PESSOA JURÍDICA INTERESSADA NA AÇÃO POPULAR E NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (DESPOLARIZAÇÃO DA DEMANDA)

3.1. Generalidades

O § 3º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 está assim redigido:

"§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.171, de 29 de junho de 1965".

O § 3º do art. 6º da Lei n. 4.717/1965, por sua vez afirma:

"§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente".

Como a pessoa jurídica interessada é colegitimada à propositura da ação civil de improbidade administrativa (art. 17, caput, Lei nº 8.429/1992), poderá ela atuar ao lado do Ministério Público, como assistente litisconsorcial, mesmo quando for demandada. Atribui-se à pessoa jurídica o poder de assumir, no processo, a posição que mais bem convier ao interesse público, refutando ou concordando com as alegações do Ministério Público, ou mesmo, deixando de contestar a demanda.

A redação original do § 3º desse art. 17 dizia que a pessoa jurídica interessada integraria o processo na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que dispunha. Como bem apontou Nelson Nery Jr., a norma era imprecisa: a) não era caso de litisconsórcio, mas de assistência litisconsorcial; b) poderia a pessoa

21. VIOLIN, Jordão. "O contraditório no processo coletivo: *amicus curiae* e princípio da cooperação". In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 263-283 (DIDIER JR., Fredie (coord. geral). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8), esp. p. 275. Também, FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil*. São Paulo: RT, 2004, p. 60-62.

jurídica ser a demandada, e, então, como ficaria?²² Perceba-se, antes de tudo, que na redação atual a demanda deve ter sido proposta pelo Ministério Público.

Trata-se, em verdade, de quebra da regra da estabilidade subjetiva do processo em favor do interesse público; por isso, essa espécie interventiva já foi chamada de "intervenção móvel". No caso ocorre uma "despolarização da demanda", com a mudança de polo de uma das partes²³.

A doutrina sustenta que o § 3º do artigo 6º da LAP (aplicável nas ações de improbidade administrativa, diante do texto expresso do § 3º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, como vimos) prevê forma de *intervenção móvel* da pessoa jurídica, já que essa pode trocar de posição no processo coletivo, fugindo do polo passivo em que é colocada nas ações populares (e de improbidade administrativa).

Contudo, nada obstante a necessidade de a pessoa jurídica estar incluída no polo passivo da ação no momento do seu ajuizamento, tal posição é provisória. Isso porque, depois de *cientificada a existência do processo*, poderá a pessoa jurídica adotar três posturas: (1ª) apresentar resposta (em especial contestação), sustentando que não há mácula no ato impugnado judicialmente, (2ª) abster-se de responder (em *posição neutra*), sem pronunciamento algum sobre o ato impugnado, ou (3ª) não contestar e, verificando que a ação coletiva ajuizada é útil ao interesse público, *deslocar-se* da sua posição original do polo passivo, para o polo ativo da demanda, vindo a atuar *ao lado* do autor. Dessa forma, a norma não só autoriza que a pessoa jurídica arrolada – inicialmente – como ré na ação deixe de contestar, como também cria espaço para que a mesma venha a *aderir* ao polo ativo, atuando *ao lado* do autor.

A flexibilidade em questão chega a permitir o *movimento radical* entre os polos do processo e decorre do próprio escopo das ações coletivas, não existindo previsão expressa semelhante no CPC ou em qualquer outro regramento de natureza individual. A instabilidade quanto à posição que a pessoa jurídica irá assumir na ação, não se sabendo antes da sua resposta se aceitará a indicação no polo passivo ou se procederá com o movimento para o polo ativo, podendo ainda adotar postura de equidistância ou até mesmo de nova mudança (*retratibilidade*) no curso

22. Cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*, 6ª ed., p. 1.554.

23. Sobre o tema, ainda, CABRAL, Antonio do Passo. "Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda". *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

da ação, indica serem impróprios aos conceitos de litisconsórcio facultativo ou necessário para o fenômeno, já que ligados ao momento do ajuizamento da demanda, razão pela qual conclui-se tratar de uma forma de *intervenção móvel*, de natureza especialíssima, nas ações coletivas.²⁴

A regra é extensível a todo o microsistema do processo coletivo. Duas são as razões para a extensão.

A primeira decorre do fato de as ações coletivas poderem ter objeto idêntico ao das ações populares: ações populares multilegitimárias, aplicando-se, aqui, a analogia por força de servirem a mesma finalidade.

A outra, ainda mais ampla, revela que nos processos coletivos há necessidade de flexibilizar a estabilidade subjetiva do processo sempre que for necessário para a tutela mais adequada do interesse público.

O STJ já se posicionou neste sentido. Portanto, justamente em razão do interesse público, podemos dizer que a regra se aplica a todo microsistema, que o Poder Público poderá optar por um dos polos da demanda, até mesmo, no limite, atuando em ambos os polos da demanda conforme o capítulo do pedido,²⁵ permitindo-se a modificação do seu entendimento no curso do processo, até mesmo na execução, sem que se

24. MAZZEI, Rodrigo Reis. "A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art. 6º, § 3º, da LAP e art. 17, § 3º, da LIA)". In: DIDIER JR. Fredie, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007. Em outro texto, o mesmo autor defende a extensão da regra a todo o microsistema do processo coletivo (MAZZEI, Rodrigo. "A ação popular e o microsistema da tutela coletiva". In: *Ação Popular: aspectos relevantes e controvertidos*. Luiz Manoel Gomes Junior; Ronaldo Fenelon Santos Filho (coord.). São Paulo: RCS, 2006, p. 414-418). Sobre o tema, ainda, CABRAL, Antonio do Passo. "Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda". *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

25. No STJ reconheceu-se a possibilidade da intervenção móvel ocorrer também nas ações civis públicas, utilizando o microsistema: "As ações de defesa dos interesses transindividuais e que encerram proteção ao patrimônio público, notadamente por força do objeto mediato do pedido, apresentam regras diversas acerca da legitimação para causa, que as distingue da polarização das ações *uti singuli*, onde é possível evitar a 'confusão jurídica' identificando-se autor e réu e dando-lhes a alteração das posições na relação processual (...) essas singularidades no âmbito da legitimação para agir, além de conjugar as soluções ortodoxas, implicam a decomposição dos pedidos formulados, por isso que o poder público pode assumir as posturas acima indicadas em relação a um dos pedidos cumulados e manter-se no polo passivo em relação aos demais", no caso o STJ decidiu pela possibilidade de manter a união em ambos os polos, atuando como autora no caso do pedido de recomposição do erário, e como ré em relação a cumprir obrigação de fazer (STJ, 1ª T.T., REsp n. 791.042/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 19.10.2006, publicado no DJ de 09.11.2006, p. 26).

possa falar em preclusão,²⁶ inclusive para assumir o polo ativo quando o autor popular abandonar a ação e o Ministério Público não o suceder.²⁷

3.2. Intervenção móvel da pessoa jurídica de direito privado e a Lei n. 12.846/2013

É necessário notar que o art. 17, § 3º, da LIA e o art. 6º, § 3º, da LAP são válidos também para as pessoas jurídicas de direito privado. O dispositivo está inserido, portanto, no modelo que vem sendo desenvolvido para a atuação nas causas que envolvam o interesse público, um modelo de *compliance*.

A Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), ao prever o acordo de leniência (art. 16), estimula a pessoa jurídica a colaborar com os órgãos públicos no interesse público. A intervenção móvel é uma das maneiras que a legislação dispõe para estimular essa atuação ao lado do interesse público. Perceba-se: a parte, pessoa jurídica de direito público ou privado, a juízo de seu representante, se isto for mais conveniente ao interesse público, poderá não contestar, atuar ao lado do autor, ou até mesmo, não intervir na causa para assumir a posição de *amicus curiae*, fornecendo ao órgão julgador subsídios técnicos e informações para melhor decidir, como ocorre nos acordos de leniência.

26. Neste sentido: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. MIGRAÇÃO DE ENTE PÚBLICO PARA O POLO ATIVO APÓS A CONTESTAÇÃO. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Hipótese em que o Tribunal a quo concluiu que o ente público somente pode migrar para o polo ativo da demanda logo após a citação, sob pena de preclusão, nos termos do art. 183 do Código de Processo Civil. 2. O deslocamento de pessoa jurídica de Direito Público do polo passivo para o ativo na Ação Popular é possível, desde que útil ao interesse público, a juízo do representante legal ou do dirigente, nos moldes do art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965. 3. Não há falar em preclusão do direito, pois, além de a mencionada lei não trazer limitação quanto ao momento em que deve ser realizada a migração, o seu art. 17 preceitua que a entidade pode, ainda que tenha contestado a ação, proceder à execução da sentença na parte que lhe caiba, ficando evidente a viabilidade de composição do polo ativo a qualquer tempo. Precedentes do STJ. 4. Recurso Especial provido". (STJ, 2ª T., REsp 945.238/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 09.12.2008, publicado no DJe de 20.04.2009)

27. O STJ já sufragou esse entendimento no caso de desistência da atuação no polo passivo e assunção do polo ativo: "Fílio-me à corrente que defende a tese da retratabilidade da posição da pessoa jurídica na ação popular, quando esta, tendo atuado no feito no polo passivo, se convence da ilegalidade e lesividade do ato de seu preposto, lembrando, inclusive, que o ente pode promover a execução da sentença condenatória (art. 17). 4. Tendo sido homologado (indevidamente) o pedido de desistência da ação pelo autor popular, cumpridas os preceitos do art. 9º da Lei 4.717/65, não tendo assumido a demanda o Ministério Público ou outro popular, inexistente óbice em que o ente público assumo o polo passivo da demanda, em nome do Interesse público. Interpretação sistemática da Lei 4.717/65.9 (...) (STJ, 2ª T., AgRg no REsp n. 439.854/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. em 08.04.2003, DJ 18.08.2003, p. 194).

4. A DENUNCIAÇÃO DA LIDE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

4.1. Generalidades

A princípio, não vislumbramos nenhuma regra que proíba que se promova a denúncia da lide em causas coletivas, com base no inciso II do art. 125 do CPC.²⁸

Cabe ao órgão julgador, no caso concreto, verificar, após um juízo de ponderação, se a denúncia da lide é ou não conveniente para a duração razoável do processo e a eficiência. Não há, em relação à ação civil pública, nenhuma regra especial quanto à admissibilidade da denúncia da lide (excetuada a possibilidade de extensão do previsto no CDC, com as reservas que serão opostas abaixo).

A questão, no entanto, é polêmica.

Duas são as razões que basicamente fundamentam o pensamento daqueles que defendem uma concepção restritiva na interpretação do art. 125, II, CPC, na ação coletiva: a) as frequentes situações em que, na ação civil pública, se pleiteia indenização com base em responsabilidade objetiva do réu, impediriam que a denúncia da lide introduzisse discussão sobre a existência de culpa de terceiro (art. 14, § 1º, Lei nº 6.938/1981: indenização por danos ambientais; arts. 12 e 18 do CDC: indenização por danos causados aos consumidores); b) a relevância do direito litigioso, que merece um tratamento processual privilegiado.

Hugo Nigro Mazzilli, por exemplo, entende não ser possível a denúncia da lide, nas hipóteses de responsabilidade regressiva²⁹. Também neste sentido,³⁰ Nelson Nery Jr., que, como visto, é adepto de uma

28. No mesmo sentido, LIMA, João Manoel Cordeiro. "Intervenção de terceiros nas ações civis públicas ambientais: o regramento atual e os impactos do CPC". In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública Após 30 Anos*. São Paulo: RT, 2015, p. 393/413, esp. p. 402. A Lei 12.651/2012 prevê o procedimento sumário do CPC-1973 como o adequado para certas ações civis públicas ambientais (art. 2º, § 1º); o procedimento sumário não admite a denúncia da lide, ressalvados os casos fundados em contrato de seguro; por isso, João Lima entendia que não seria admissível denúncia da lide nesses casos (p. 403). Contudo, esse entendimento é atualmente inaplicável, pois o CPC-2015, ao tratar da regra de transição, estabelece que "na hipótese de a lei remeter ao procedimento sumário, será observado o procedimento comum previsto neste Código, com as modificações previstas na própria lei especial, se houver" (art. 1.049, parágrafo único); assim, mesmo nestas causas eventualmente caberá a denúncia da lide.

29. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 257.

30. Um dos casos em que o problema surge angustioso é o da denúncia em matéria ambiental. A doutrina tem se debatido sobre a questão, consoante se observa do qualificado trabalho de Rafael Wolff. De um lado defendem a possibilidade genérica de denúncia da lide Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, de outro, vedam esta possibilidade, de forma peremptória, Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Rafael Wolff, entre outros. (Cf. WOLFF, Rafael. "Descabimento da denúncia da lide em sede de ação civil pública para a composição de danos ao meio ambiente". *Revista Processo e Constituição*, nº 2, Porto Alegre, UFRGS, p. 241-262, maio 2005). A questão envolve, como já ressaltamos,

interpretação restritiva do inciso II do art. 125 do CPC.³¹ A 1ª T. do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 232187-SP, rel. Min. José Delgado, cujo acórdão foi publicado no DJ em 08/05/2000, p. 67, assim se manifestou:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL.

1. É parte legítima para figurar no polo passivo da Ação Civil Pública a pessoa jurídica ou física apontada como tendo praticado o dano ambiental.
2. A Ação Civil Pública deve discutir, unicamente, a relação jurídica referente à proteção do meio ambiente e das suas consequências pela violação a ele praticada.
3. Incabível, por essa afirmação, a denúncia da lide.
4. Direito de regresso, se decorrente do fenômeno de violação ao meio ambiente, deve ser discutido em ação própria."

Já Ada Pellegrini Grinover manifestou-se, peremptoriamente, pelo cabimento da denúncia da lide em ação civil pública ambiental, adotando integralmente a interpretação ampla do inciso II do art. 125 do CPC-2015 (cuja redação é idêntica à do inciso III do art. 70 do CPC-1973).³² O CPC-2015, contudo, limita as denúncias sucessivas (art. 125, § 2º) e permite ao autor o cumprimento da sentença também quanto ao denunciado, nos limites da condenação deste na ação de regresso (art. 128, parágrafo único).

É essa a concepção que se adota neste *Curso*: ponderadas as circunstâncias do caso concreto, quando não houver ampliação da discussão em juízo que inviabilize ou torne excessivamente difícil a tutela coletiva, caberá a denúncia.

Assim, é permitido ao município, por exemplo, uma vez demandado em ação coletiva por questões de saúde pública, exercer a sua pretensão regressiva em face do Estado ou da União, por não ter repassado as verbas respectivas.³³

Cumpra advertir, porém, que não é caso de denúncia da lide, mas de *chamamento ao processo*, a convocação de responsáveis solidários. Segundo o entendimento adotado neste curso (ver, a respeito, o volume 1),

a ampliação dos limites objetivos da demanda, o que, uma vez adotada a concepção restritiva, em tese seria vedado pelo prejuízo em se transportar para dentro de uma ação ambiental para reparação de danos por responsabilidade objetiva, os difíceis e intrincados temas da comprovação da culpa subjetiva em matéria ambiental.

31. NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 380. Cita o autor julgado publicado na RT 620, p. 69, que adotou a sua concepção.
32. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ação civil pública em matéria ambiental e denúncia da lide". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, abril-junho, nº 106, p. 16.
33. A denúncia da União, por alterar a competência, deve ser submetida ao contraditório prévio, com possibilidade de manifestação do autor.

o chamamento ao processo não implica acréscimo objetivo do processo (introdução de pedido novo), mas, tão-só, a convocação para a formação de litisconsórcio; assim, plenamente possível a *convocação dos responsáveis solidários*, situação que, ao que nos parece, não se encaixa na polêmica discussão sobre a admissibilidade da denúncia da lide.³⁴

4.2. A denúncia da lide e o chamamento ao processo nas causas coletivas de consumo

Não há distinção, quanto ao tratamento do tema, entre causas de consumo coletivas e individuais. A análise que se faz, a partir de agora, serve à resposta do seguinte problema: em que medida é possível a utilização da denúncia da lide ou do chamamento ao processo em causas (coletivas ou individuais) de consumo?

A doutrina, de um modo geral, posiciona-se pela inadmissibilidade de denúncia da lide em causas de consumo.

Basicamente, três são as linhas de argumentação: a) a existência do art. 88, que veda a denúncia da lide nas causas de consumo, na hipótese de pretensão regressiva fundada na responsabilidade por fato do produto (arts. 12 e 13 do CDC); b) a denúncia da lide, pelo fornecedor, em causas de consumo, comprometeria a prestação efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional, o que prejudicaria, por tabela, o consumidor; c) seria incompatível com o sistema de responsabilidade civil objetiva implementado pelo CDC, pois, pela denúncia da lide, introduzir-se-ia fundamento jurídico novo, o que seria vedado.³⁵

Em relação ao argumento "c", já o enfrentamos, quando examinamos a extensão que se deve dar ao inciso II do art. 125 do CPC, no capítulo respectivo do v. 1 deste *Curso*: não há proibição em tese para denúncia da lide, em casos assim. A solução da questão não pode ser dada *a priori*: é no caso concreto, a partir de suas peculiaridades, que o magistrado verificará a conveniência da denúncia da lide, após proceder a um juízo de ponderação, ouvidas as partes.

34. Cumpra registrar o posicionamento contrário de Nelson Nery Jr., para quem é inadmissível o chamamento ao processo quando a ação civil pública for fundada em responsabilidade objetiva. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 1.369.

35. Ver, neste sentido, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 296; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil extravagante em vigor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1.893; JORGE, Maria Helton. "Da denúncia da lide no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, nº 108, p. 38-42.

Não se pode proibir a denúncia da lide, sob o argumento de que se trata de instituto que compromete a prestação tempestiva da tutela jurisdicional (argumento "b"). Se o instituto fosse, essencialmente, tão nefasto, deveria ser proscrito de todo o sistema – e não somente da tutela jurisdicional das relações de consumo. Conforme dissemos, o caso não é para soluções "em tese", "abstratas", "apriorísticas". Como o legislador não cuidou de proibir o instituto – veremos que o art. 88 do CDC não trata da denúncia da lide –, não nos parece possível esta interpretação.

Vejamos, então, o último argumento.

A literalidade do art. 88 do CDC é clara ao vedar a denúncia da lide, nas hipóteses do art. 13 do mesmo Código. Assim, o fornecedor demandado por um fato do produto não poderia denunciar a lide ao fabricante, construtor, produtor ou qualquer outro agente que componha a cadeia da relação de consumo; a ele somente restaria a propositura de demanda regressiva autônoma, que poderia dar-se nos mesmos autos. Este artigo aplica-se tanto à tutela individual como à tutela coletiva dos direitos do consumidor. Examinemos as principais questões que surgem na aplicação deste dispositivo.

Em primeiro lugar, cumpre observar se a situação prevista no art. 88 do CDC enseja realmente denúncia da lide. É que, por força do parágrafo único do art. 7º do CDC, há responsabilidade solidária de todos aqueles que tenham participado da cadeia produtiva (produtor, importador, distribuidor etc.). Ora, como hipótese de responsabilidade solidária, a modalidade interventiva cabível é o chamamento ao processo (art. 130 do CPC), e não a denúncia da lide. De fato, o caso era de chamamento ao processo³⁶⁻³⁷.

A razão da proibição, porém, é muito simples.

O chamamento ao processo é modalidade interventiva que beneficia, unicamente, o devedor solidário demandado, em detrimento do credor-autor, que terá de demandar contra quem, a princípio, embora pudesse fazê-lo, não quis promover a demanda. Além disso, a cadeia produtiva por vezes é muito comprida; admitir-se o chamamento ao processo, nestes casos, poderia implicar a possibilidade, ao menos teórica, de formação de um litisconsórcio facultativo passivo muito grande, também aqui em detrimento, obviamente,

36. Também assim, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 296; JORGE, Mario Helton. "Da denúncia da lide no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, nº 108, p. 38-42.

37. A confusão que se faz entre denúncia da lide e chamamento ao processo pode ser solucionada à luz do direito material. "(...) na denúncia existe vínculo jurídico no plano material apenas entre denunciante e denunciado; no chamamento, os chamados são devedores do credor comum, não do chamado". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 131).

do consumidor-autor. O legislador antecipou-se ao aplicador da norma: procedeu à adequação subjetiva do regramento processual das causas de consumo, impedindo a utilização desta modalidade de intervenção de terceiro.

Uma outra dúvida é quanto à extensão da proibição: o art. 88 somente faz referência às demandas que versam sobre responsabilidade por fato do produto; não menciona aquelas relacionadas à responsabilidade por fato do serviço (art. 14 do CDC), por vício do produto ou do serviço (arts. 18 e ss., CDC). Fica a dúvida, então: proíbe-se de forma generalizada a denúncia da lide ou a vedação se dá apenas nas restritas situações previstas no dispositivo do art. 88?

Já se observou que a redação do art. 88 não é muito feliz, ao referir-se à denúncia da lide quando era caso de chamamento ao processo. A remissão apenas aos casos de responsabilidade por fato do produto, e não aos demais, contudo, não se justifica. É que também nas outras hipóteses de responsabilidade podem existir vários responsáveis – fornecedores que compõem a cadeia de consumo –, cuja permissão de ingresso em juízo, contra a vontade do consumidor-autor (que não os escolheu como réus, embora pudesse fazê-lo, repita-se, em razão da solidariedade), poderia ser-lhe bastante prejudicial. A analogia, aqui, se impõe – *ubi eadem ratio, ibi eadem legis* (onde existe a mesma razão, aí se aplica o mesmo direito).

Ainda sobre o chamamento ao processo nas causas de consumo, cabem algumas palavras sobre o art. 101, II, CDC.

A intervenção com base em contrato de seguro será, no mais das vezes, a denúncia da lide, porquanto não possua a empresa seguradora vínculo de direito material com o adversário do denunciante-segurado. Sucede que o Código de Defesa do Consumidor, como forma de ainda mais bem tutelar os direitos do consumidor, criou uma figura nova do chamamento ao processo em casos de seguro (art. 101, II, do CDC).³⁸⁻³⁹

38. "Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: (...) II – o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este". Nos termos do § 4º do art. 1.046 do CPC, a remissão ao art. 80 do CPC-1973, feita no inciso II do art. 101 do CDC, deve ser compreendida como se feita ao art. 130 do CPC-2015.

39. WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 701-702.

Eis, por enquanto, o quadro: somente é admissível, nas causas de consumo, inclusive as coletivas, o chamamento ao processo de que cuida o inciso II do art. 101, CDC; as demais hipóteses ficam proibidas, por força do art. 88 do CDC. Em relação à denunciação da lide, não há qualquer proibição em tese: é no caso concreto, à luz de suas peculiaridades, que o problema deve ser resolvido.

5. INTERVENÇÃO DE LEGITIMADO EXTRAORDINÁRIO PARA A DEFESA DE DIREITOS COLETIVOS (LATO SENSU) COMO ASSISTENTE SIMPLES EM PROCESSO INDIVIDUAL

No final de fevereiro de 2008, o STF admitiu a intervenção de um sindicato na qualidade de *assistente simples* (Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo - SINDIFUMO), em processo que envolve uma indústria de cigarros, em que se discute a constitucionalidade do Decreto-lei n. 1.593/1977 (RE n. 550.769 QO/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 28.2.2008, publicada no Informativo do STF n. 496).

É certo que o sindicato não mantém com o *assistido* uma relação jurídica conexa com a que se discute. Desta forma, inviável a *assistência simples*, de acordo com o entendimento tradicional sobre o tema, exposto linhas atrás.

Sucedo que o STF entendeu que o *interesse jurídico* que autoriza a assistência simples, no caso mencionado, configurou-se pela constatação de que o seu julgamento poderia definir a orientação da jurisprudência em torno do tema (constitucionalidade de meios de coerção indireta para o pagamento do tributo, como a interdição de estabelecimento), que serviria para a solução de um número indefinido de casos.

A relação jurídica conexa à relação discutida, aqui, é uma *relação jurídica coletiva*, pois envolve a proteção de direitos coletivos em sentido estrito, cuja titularidade pertence ao *grupo interessado*⁴⁰ (no caso, as indústrias de tabaco) ligados entre si pela *affectio societatis* (Sindicato de Indústrias do Fumo) e com a parte contrária (contribuintes) por uma relação jurídica base.⁴¹

O julgamento é bem interessante e merece registro.

40. GDA, Antonio. *Casos julgados e dissidência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22-23.

41. Na doutrina é possível defender que essa situação jurídica seja qualificada como direito individual homogêneo ou como direito coletivo em sentido estrito. Aqui preferimos a segunda opção, dada a existência de uma dupla relação jurídica base, entre si, como membros do Sindicato, e com a parte contrária, como contribuintes de determinado tributo.

Admitindo a força vinculativa do precedente judicial, notadamente quando proveniente do STF, o tribunal reconheceu a necessidade de permitir a ampliação do debate em momento anterior à formação do precedente. Quebra-se, então, um paradigma do processo individual, para ampliar a concepção de interesse jurídico autorizador da assistência simples: em vez de exigir que o assistente simples tenha com o assistido uma relação jurídica vinculada àquela discutida, admitiu-se a assistência em razão da afirmação de existência de uma relação jurídica de direito coletivo (*lato sensu*).

Note, porém, que, exatamente por isso, o *assistente simples*, nesses casos, teria de ser um *legitimado extraordinário coletivo*: ente que tenha legitimação para a ação coletiva referente aos direitos coletivos em sentido estrito relacionados ao objeto litigioso do processo individual no qual se intervém. Permitir a intervenção de indivíduos titulares de direito individual semelhante ao que se discute em juízo certamente causaria grande tumulto processual.⁴² Perceba do comentário acima, no que tange ao *amicus curiae*, que o indivíduo poderá atuar naquela função.

Sérgio Cruz Arenhart já defendia a necessária ampliação da noção de interesse para intervir como assistente simples, tendo em vista a força vinculativa do precedente judicial. Porém, afirma que deveria admitir-se a intervenção do indivíduo:

“É certo que a ampliação desavisada do conceito de ‘interesse de intervenção’ pode tornar inviável a solução da lide, por gerar a invasão de terceiros no processo formado. Todavia, no outro vertente da questão a não admissão desta intervenção ampliada acarretaria a violação clara dos direitos de ampla defesa e contraditório de todos estes ‘terceiros’ que sofrerão (praticamente de forma irrevogável) os efeitos de uma decisão judicial, sem jamais ter condições de efetivamente opor-se a ela. De fato, não se pode admitir que o primeiro processo instaurado a respeito de certa controversia acabe por resultar em decisão que será indistintamente aplicada para todos os demais casos, sem que os titulares destes outros direitos tenham, de fato e de maneira concreta, a possibilidade de apresentar seus argumentos e interferir na decisão judicial. A garantia de contraditório, em sua versão moderna, tem sido vista como não apenas o direito de se manifestar, mas de *influir efetivamente* na decisão judicial. Não há dúvida de que este direito é violado se a decisão judicial já está

42. No CPC a possibilidade de intervenção de indivíduos como *amicus curiae* existe, desde que se comprove a adequada representação, art. 138. No modelo de precedentes essa intervenção está prevista expressamente para a modificação do precedente, art. 937, § 3º.

pronta, mesmo antes de iniciada a ação em que o interessado pretende apontar os argumentos".⁴³

Como se trata de situação que pode dizer respeito a um sem-número de indivíduos, parece realmente que a técnica mais adequada para resolver o conflito entre o direito ao contraditório destes terceiros interessados na fixação do precedente e o direito à duração razoável do processo é, no caso, permitir apenas a intervenção de legitimado à proteção jurisdicional de direito coletivo (*lato sensu*).

A decisão reforça, ainda, uma percepção demonstrada no v. 2 deste Curso, no capítulo sobre precedente judicial: o Direito brasileiro é um sistema de precedentes obrigatórios. Ao lado disso, parece inexorável a tendência de adaptar o processo individual ao julgamento de causas repetitivas (arts. 928, CPC, p. ex.).

Perceba também que já se admitia intervenção semelhante nos processos individuais, notadamente naqueles em se discutia *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de um ato normativo. Sucede que, nesses casos, a intervenção se dava na qualidade de *amicus curiae* (art. 950, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC) e no incidente de análise por amostragem da repercussão geral do recurso extraordinário (§ 4º do art. 1.035 do CPC).

O STF *simplificou* a questão, com perdão pelo trocadilho, permitindo a intervenção como assistente simples, instituto já consagrado pela tradição jurídica brasileira. A decisão segue, pois, uma tendência, já divisada pela doutrina, de redefinição do pressuposto do interesse jurídico para a intervenção como assistente simples, consoante demonstrando linhas atrás. Esse entendimento, no entanto, não tem sido seguido pelo STJ, que, por diversas vezes recusou a intervenção de entes coletivos em processos individuais, por entender que "o interesse institucional, não obstante encerre também interesse jurídico para a propositura da ação coletiva, não enseja a intervenção '*ad adjuvandum*' em processo '*inter partes*'"⁴⁴.

A orientação do STF parece ter sido encampada pela Lei 13.015/2014. O § 8º do art. 896-C da CLT admite *expressamente* a intervenção de terceiro, como assistente simples, para auxiliar a construção do precedente a ser firmado em julgamento dos recursos de revista repetitivos.

43. ARENHART, Sérgio Cruz. "O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes". In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Amada Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11, p. 436-437.

44. STJ, 1ª T., REsp n. 821.586/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 07.10.2008, publicado no DJe de 03.11.2008. No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp n. 1.146.066/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 04.05.2011, publicado no DJe de 13.04.2012; STJ, 2ª T., REsp 1.182.123/PE, Rel. Min. Castro Meira, j. em 11.05.2010, publicado no DJe de 21.05.2010.

CAPÍTULO 8

Inquérito Civil¹

Sumário - 1. Noções gerais. A reconfiguração do inquérito civil no sistema multiportas de acesso à justiça - 2. Inquérito civil e inquérito policial - 3. Efeitos do inquérito civil - 4. Discussões em torno do possível objeto do inquérito civil - 5. Princípio do Contraditório - 6. Princípio da publicidade e inquérito civil - 7. Inquérito civil e produção antecipada de prova: 7.1. Generalidades; 7.2. O CPC e a antecipação de prova não urgente (Art. 381 a 384, CPC-2015). A produção de prova para futura ação coletiva independentemente da instauração do inquérito civil; 7.3. Simultaneidade de procedimentos investigatórios para apurar o mesmo fato (inquérito penal e cível) e prova emprestada - 8. Princípio da duração razoável - 9. instauração - 10. Representação anônima: possibilidade - 11. Inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta - 12. Arquivamento - 13. Reabertura do inquérito e reapreciação de provas - 14. O inquérito civil e os crimes relacionados: falso testemunho, deixar de prestar informações e denúncia caluniosa - 15. Recomendações e ombudsman (*defensor del pueblo*) - 16. Cadastro nacional das ações coletivas, inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta.

1. NOÇÕES GERAIS. A RECONFIGURAÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL NO SISTEMA MULTIORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Celso de Mello Filho assim se manifesta sobre o inquérito civil:

"Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação

1. Alteramos o título deste capítulo, eliminando o adjetivo "público", que qualificava o inquérito civil. Na verdade, como observa a doutrina, hoje, de *lege lata*, só temos o inquérito civil público, de titularidade exclusiva do Ministério Público, muito embora exista a possibilidade, de *lege ferenda*, de evoluirmos para um sistema em que também os colegitimados possam contar com procedimentos administrativos tendentes a reunir elementos de prova e convicção para o ajuizamento da ação coletiva, procedimentos em tudo semelhantes ao inquérito civil. Cumpre observar, contudo, que, muito embora ocorra *exclusividade* do MP, calcada em sua proeminência na tutela coletiva, esses procedimentos devem/podem ser tendentes a fornecer subsídios também aos demais colegitimados à propositura da ação, podendo ser *emprestadas* as provas neles obtidas. Nesse sentido: "Quanto à exclusividade do MP para instaurar o inquérito civil, pode-se dizer que o legislador reconheceu a sua legítima atuação na defesa dos direitos coletivos. Certamente não é por causa do inquérito civil que o MP é o ente que mais atua na defesa e proteção destes direitos, se comparados aos demais legitimados do art. 5º da LACP, mas é fora de dúvidas que, sendo o MP o tutor natural de tais direitos, esse instrumento que lhe é exclusivo vem ratificar a posição de *defensor natural dos direitos supra-individuais*... Ainda dentro do tema da exclusividade, não pode ser olvidado que o fato de ser a instauração exclusiva pelo parquet não impede que o seu conteúdo não possa ser 'emprestado' a outro legitimado, para que este possa ajuizar em conjunto ou isoladamente a demanda coletiva. Contudo, para evitar-se tumulto seria de bom alvitre que essa cooperação fosse feita após o IC ter sido concluído". (RODRIGUES, Marcelo Abella. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 103-104).

processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública.²

Há previsão *legal* (art. 8º, § 1º, Lei nº 7.347/1985; art. 6º, Lei nº 7.853/1989; arts. 223 c/c 201, V, Lei nº 8.069/1990; art. 26, I, Lei nº 8.625/1993; art. 6º, Lei Complementar nº 75/1993) e *constitucional* (art. 129, III, CF/1988) do inquérito civil.

Eis, pois, as suas características:

Titularidade	Objetivo	Natureza jurídica	Obrigatoriedade
Exclusividade do Ministério Público.	Angariar provas e elementos de convicção para o exercício de ação civil a cargo do MP, ação coletiva ou de termo de ajustamento de conduta.	Procedimento administrativo formal (formalidade restrita), de caráter tendencialmente inquisitivo.	Facultativo.

O inquérito civil é um instrumento de atuação exclusiva do Ministério Público.³

Trata-se de um procedimento administrativo investigatório, de caráter formal⁴, tendencialmente inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público.

Em edições anteriores deste Curso, afirmávamos a informalidade do inquérito civil.

2. Manifestação na função de Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, proferida no processo relativo ao projeto que veio a converter-se na Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/85).
3. "Apesar da pluralidade de sujeitos que recebem expressamente a legitimação para propor a ação civil pública (art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 82 da Lei nº 8.078/90), somente ao Ministério Público caberá a instauração e condução do inquérito civil (art. 8º da Lei 7.347/85)". (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*". *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 219)
4. A formalização dos procedimentos administrativos é uma garantia do Estado Democrático Constitucional. Não há, contudo, nulidade automática decorrente da ausência de formalidade no inquérito civil. Três razões contribuem para que o processo de formalização do Inquérito civil seja progressivo e não determinante de nulidades no IC: a) a necessidade de *accountability* (prestação de contas e direito à informação); b) a dispensabilidade do inquérito; c) as garantias dos investigados, naquilo que não prejudicar a tutela dos direitos na fase investigativa. Na doutrina existe um cisma entre aqueles que defendem a total ausência de formalidade no inquérito - Inquérito como mero procedimento administrativo - e aqueles que afirmam ser o inquérito um processo administrativo formal, garantindo a obrigatoriedade do contraditório em todas as fases. Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: GEN/Método, 2013, p. 443-444. A corrente que defende a nulidade do inquérito e da ação civil pública por falta de contraditório é francamente minoritária. A virtude está no meio, como exploraremos a seguir.

Mas atualmente há uma crescente formalização do inquérito civil, impactando no seu caráter predominantemente inquisitivo, que começa a ceder em face da necessidade de processualização dos procedimentos em um Estado Democrático Constitucional.

O objeto do inquérito civil também se está aprimorando.

Anteriormente era o inquérito voltado, basicamente, à coleta de elementos de prova e de convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a cargo do Ministério Público.

Atualmente o inquérito insere-se no contexto do sistema multiportas, sendo instrumento voltado à obtenção de dados para a realização de soluções extrajudiciais como a mediação, conciliação, transação etc.

Dai que: "O inquérito civil também serve para que o Ministério Público colha elementos de convicção que lhe permitam desempenhar algumas atuações subsidiárias, como a tomada de compromissos de ajustamento, a realização de audiências públicas, a emissão de relatórios e recomendações".⁵

Atualmente, fala-se em uma função resolutiva do Ministério Público, que está relacionada à sua atuação extrajudicial (e, por vezes, judicial) em busca da autocomposição e outras para o conflito, independentemente da participação do Poder Judiciário. O Ministério Público deve deixar de agir apenas reativamente e com olhos no passado, em busca da condenação, e atuar ao máximo pelas soluções para o futuro, que procurem recompor o tecido social e jurídico e dar efetividade a tutela dos direitos.

A função resolutiva do Ministério Público deixou de ser subsidiária e passa a assumir um caráter cada vez mais central nos inquéritos civis, como desdobramento da justiça multiportas atualmente encampada pelo CPC (art. 3º, §§ 2º e 3º, arts. 165/175, todos do CPC/2015).

Exemplos deste fortalecimento podem ser observados na Res. 118/2014 do CNMP, que trata do incentivo à autocomposição, e na revogação tácita do art. 17, § 1º da Lei de Improbidade Administrativa (pelo §4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015). Assim, atualmente, mesmo na improbidade administrativa, caberá transação - no capítulo sobre autocomposição, o tema será examinado com mais vagar.

Embora somente possa ser instaurado e conduzido pelo Ministério Público, qualquer cidadão pode pedir a abertura do inquérito civil, comunicando um fato que reputa relevante e que careça de investigação.

5. MAZZILLI, Hugo Nigro. "O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público". *Ação civil pública após 20 anos: efetividades e desafios*. Edis Miliare (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 223.

Trata-se de manifestação do direito fundamental de petição (art. 5º, XXXIV, "a", CF/88).⁶ Este direito foi reconhecido expressamente pela Res. 23 do CNMP que disciplina o inquérito civil no âmbito nacional, sendo replicado, em geral, por todas as resoluções específicas em cada ramo do Ministério Público brasileiro.

Portanto, o *inquérito civil*, além de servir para a colheita de elementos para a propositura responsável da ação civil pública, funciona como instrumento facilitador da conciliação extrajudicial do conflito coletivo - de fato, um dos resultados mais frequentes do *inquérito civil* é a celebração de um compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, Lei nº 7.347/1985).⁷

Independentemente do inquérito civil, poderá ser ajuizada a ação civil pública; ele não é essencial. Como se trata de um procedimento administrativo, pré-processual e extrajudicial, não há obrigatoriedade do contraditório. Contudo, revela-se de bom alvitre, quando adequada, a participação dos eventuais destinatários da futura ação na produção das provas e nas investigações, possibilitando inclusive a aplicação futura da regra do art. 472 do CPC (dispensa da prova pericial frente aos elementos já trazidos aos autos pelas partes).

Se não fosse possível a instauração da ação coletiva sem o inquérito civil, como ele somente pode ser instaurado pelo Ministério Público, "os legitimados dependeriam sempre de atuação do órgão ministerial para poder ingressar com a competente ação civil pública, o que evidentemente seria um absurdo injustificado".⁸

Finalmente, é possível identificar três fases do procedimento do inquérito civil:⁹ a) instauração, b) produção das provas; c) conclusão. Na conclusão deve o presidente do inquérito decidir, basicamente, pelo: arquivamento do inquérito, celebração do compromisso de ajustamento de conduta ou ajuizamento da ação.

2. INQUÉRITO CIVIL E INQUÉRITO POLICIAL

Apesar de a sua origem estar muito próxima ao inquérito policial, com este não se confunde, embora sejam inevitáveis as comparações.

6. Assim, também, LEONEL, Ricardo de Barros, *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 346.
7. Assim, também, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*", cit., p. 217; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 338; LEONEL, Ricardo de Barros, *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 342-343.
8. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*", cit., p. 217.
9. LEONEL, Ricardo de Barros, *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 348; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 112.

Podem ser apresentadas as seguintes distinções básicas com o inquérito policial: a) o inquérito civil destina-se precipuamente para a área cível *latu sensu*, enquanto o inquérito policial volta-se sempre para a área criminal; b) no inquérito civil é o próprio Ministério Público que preside as investigações, enquanto que no inquérito policial, em geral, é a polícia que atua; c) no inquérito civil o arquivamento é controlado pelo próprio Ministério Público, com obrigatória remessa de ofício para Conselho Superior do Ministério Público;¹⁰ no inquérito policial, o controle do arquivamento é efetuado pelo juiz, o Ministério Público apenas requer o arquivamento (art. 28 do CPP).

É possível, porém, que, durante o *inquérito civil*, o órgão do Ministério Público tenha ciência de algum fato que possa enquadrar-se em um tipo penal, permitindo que se dê notícia ao órgão do Ministério Público com competência criminal, para que, se for o caso, dê início a um processo penal.¹¹

"Como é sabido, é o inquérito policial dispensável para a promoção da ação penal, se tiver o *dominus litis* elementos de convicção suficientes à sua propositura, nos termos do art. 39, § 5º, do CPP. Nada impede, assim, que a ajuíze o membro do Ministério Público, se verificar, no curso da instrução de inquérito civil, a ocorrência de ilícito penal, contando os autos com elementos suficientes de materialidade e autoria da infração criminal, os quais deverão, então, instruir a denúncia".¹²

3. EFEITOS DO INQUÉRITO CIVIL

Entre os efeitos da instauração do inquérito civil podemos citar:

a) a interrupção da decadência - art. 26, § 2º, do CDC;¹³

10. Cf. art. 9º da Lei n. 7.347/1985. É bom lembrar que a matéria vem também disciplinada na Lei Orgânica do Ministério Público, que é a regra geral para os Ministérios Públicos dos Estados (LOMPE), Lei 8.625/1993, art. 5º, III, bem como na Lei Orgânica do Ministério Público da União, LC n. 75/1993.
11. LEONEL, Ricardo de Barros, *Manual do processo coletivo*, p. 313.
12. PROENÇA, Luis Roberto, *Inquérito civil*, p. 43. No mesmo sentido, STF e STJ: "pacífico o entendimento deste STJ e do STF de que o oferecimento da denúncia não está adstrito a prévio inquérito policial, possuindo o Ministério Público legitimidade para conduzir atos investigatórios (AgRg no REsp. 1.319.736/MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 17/3/2015 e RE 597.727/MG, julgado sob o regime de repercussão geral, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 14/5/2015)." (AgRg no AREsp 625.101/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016). No caso específico entendeu o STJ que as provas produzidas no IC eram suficientes para embasar a denúncia.
13. O STJ decidiu que a instauração do inquérito civil não interrompe a prescrição: "O pedido de providências ao Ministério Público Federal, ou mesmo a instauração de inquérito civil, não lidem a ocorrência da prescrição. Isso porque, ainda que a parte interessada tenha realizado diligências em busca da solução da lide, o curso do prazo prescricional somente é interrompido nas hipóteses legais

IMPRESCINDÍVEL

- b) a possibilidade de expedição de requisições e notificações, bem como condução coercitiva em caso de não comparecimento (art. 129, VI da CF/88; art. 26, I da LOMPE);
- c) possibilidade de requisição¹⁴ de perícias e informações, de entes públicos ou particulares, em prazo não inferior a dez dias (art. 8º, § 1º, Lei nº 7.347/1985; art. 6º, da Lei nº 7.853/1989; art. 223 da Lei nº 8.069/1990);
- d) mesmo que residual e não necessária, podemos citar ainda a possibilidade de surgimento de dever de o Estado/União indenizar o investigado, pelos prejuízos sofridos em razão da instauração e desenvolvimento de inquérito civil que se mostrou temerário, causando prejuízo ao investigado.¹⁵

Recomendável, a propósito, a leitura do art. 26 da Lei nº 8.625/1993, que indica os poderes do órgão do Ministério Público cometidos para o exercício de suas funções constitucionais:

"Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

- I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não

e suspenso quando se verificar a pendência de um acontecimento que impossibilite o interessado de agir, o que não se verifica na hipótese dos autos." (STJ, AgRg no REsp 1364087/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/03/2015).

- 14. O inquérito civil, em razão do poder de requisição e da possibilidade da responsabilidade penal pelo seu descumprimento, ajuda a tese de doutrina recente, ainda muito polêmica, que afirma existir um dever de produção de prova por parte dos investigados. Ou seja, a entrega dos documentos e a facilitação da instrução não se trata de um mero ônus ou faculdade, imperativo do próprio interesse da parte (como ocorre no caso das teorias da inversão e da distribuição dinâmica, art. 373, § 1º, CPC), mas de verdadeiro dever. RAMOS, Vitor de Paula. Deveres de produção de provas, o novo CPC Brasileiro e o Ministério Público. In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 489/510. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8), p. 500.
- 15. "Muitas vezes a investigação fica parada por meses ou até anos, sem que qualquer providência seja tomada. Enquanto isso, os investigados suspendem investimentos ou certas condutas, com temor de virem eventualmente a ser punidos. Quando finalmente o inquérito é concluído e arquivado, o investigado pode ter acumulado graves prejuízos ou então deixado de obter lucros. Seria justo não ser indenizado por esses danos? Se a resposta pudesse ser negativa, seria até preferível, para o investigado, que já tivesse sido ajuizada a demanda e concedida liminar com mandado inibitório, pois ao menos teria direito objetivo ao ressarcimento (CPC, art. 811)." (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 240-241). É bom lembrar que o exercício regular dos poderes de investigação não acarreta nenhuma responsabilidade. Nesse sentido: "A mera instauração de inquérito civil público que venha a ser arquivado, bem como o ajuizamento de ação civil pública julgada improcedente, não gera por si só qualquer tipo de responsabilidade civil do promotor (ou do Estado) perante o investigado ou réu, por se tratar de exercício regular de direito, salvo se houver má-fé (inclusive abuso de poder e fraude) ou violação de dever legal." (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Responsabilidade civil do promotor de justiça no inquérito civil*, p. 259). É bom lembrar, ainda, que o caso de desvio da finalidade do inquérito poderá gerar também a responsabilidade do promotor de justiça nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (idem, p. 257).

comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;

V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;

VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;

VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade;

VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção.

§ 1º As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

§ 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

§ 3º Serão cumpridas gratuitamente as requisições feitas pelo Ministério Público às autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º A falta ao trabalho, em virtude de atendimento à notificação ou requisição, na forma do inciso I deste artigo, não autoriza desconto de vencimentos ou salário, considerando-se de efetivo exercício, para todos os efeitos, mediante comprovação escrita do membro do Ministério Público.

§ 5º Toda representação ou petição formulada ao Ministério Público será distribuída entre os membros da instituição que tenham atribuições para apreciá-la, observados os critérios fixados pelo Colégio de Procuradores."

4. DISCUSSÕES EM TORNO DO POSSÍVEL OBJETO DO INQUÉRITO CIVIL. O PROBLEMA DO INQUÉRITO CIVIL EM MATÉRIA ELEITORAL.

Debate-se, na doutrina, sobre o âmbito de aplicação do Inquérito civil.

A pergunta é saber se é possível a utilização do procedimento em ações para defesa de direitos não configurados diretamente como direitos coletivos, por exemplo: nas demais atribuições constitucionais e legais do Ministério Público.

Há duas correntes.

A primeira nega a possibilidade, uma vez que o Inquérito civil está previsto na legislação para a tutela coletiva, que cuida, por suposto, apenas dos processos coletivos *lato sensu*, não servindo para garantia de direitos estritamente individuais.

Uma outra corrente entende que sim; uma vez que a norma constitucional referiu expressamente ao Inquérito, ele seria possível em todas as atribuições afetas ao Ministério Público.

"Essa última solução é preferível, em decorrência do sucessivo alargamento do objeto do inquérito civil, trazido pela própria CF (art. 129, III), pelo CDC (art. 90), e pelas leis federais de organização do Ministério Público (LOMPE, art. 26, I; LOMPU, art. 6, VII, c e 38, I)".¹⁶

É o que acontece, por exemplo, com a abertura de inquérito civil para a apuração de eventuais lesões a direito individual, como ocorre com os direitos relativos à infância e adolescência (art. 201, V) ou outros direitos individuais indisponíveis (art. 25, IV, a, LF 8.625/93 e art. 6º, VII, "c" e "d", LC 75/93).

É possível, realmente, a instauração de procedimento administrativo (dos quais uma espécie é o inquérito civil) para a colheita de elementos para a propositura de qualquer ação civil ligada as atribuições de defesa dos direitos individuais - de caráter social ou indisponível - pelo órgão de execução do Ministério Público.

Esse parece ter sido o sentido da Res. n. 23 do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), de 17 de setembro de 2007, que não menciona ações coletivas, mas, sim, ações a cargo do Ministério Público:

"Art. 1º O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação

16. MAZZILLI, Hugo. *O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público*, op. cit.

aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais. Parágrafo único: O inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajustamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria".

Os Ministérios Públicos dos Estados poderão disciplinar internamente os procedimentos administrativos, seguindo os parâmetros da norma do CNMP. A Resolução do nº 006/2014 do CSM/MPES disciplinou os procedimentos administrativos no Ministério Público dos Estados diferenciando os casos de inquérito civil, procedimento preparatório, notícia de fato e procedimento administrativo. Os casos referentes a direitos individuais, acompanhamento de políticas públicas e fiscalização do cumprimento de termo de ajuste de conduta são tramitados como procedimentos administrativos e arquivados na própria promotoria. A resolução preserva o direito ao recurso do interessado e atende ao princípio da eficiência.

A jurisprudência vem destacando que não cabe instaurar Inquérito civil em matéria relacionada a Direito Eleitoral por expressa proibição do art. 105-A da Lei n. 9.504/1997 ("art. 105-A. Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei 7.347, de 24.07.1985"):

"RECURSO ORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO. CONDOTA VEDADA. ELEIÇÃO 2010. LEI Nº 9.504/97, ARTS. 73, I, II e III, E 74. ABUSO DO PODER POLÍTICO. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. NULIDADE DA PROVA. DESPROVIMENTO. 1. Não há ofensa ao Princípio da Reserva de Plenário quando o Tribunal interpreta norma infraconstitucional, sem declará-la inconstitucional ou afastar sua aplicação com apoio em fundamentos extraídos da Lei Maior. Precedentes do STF. 2. O fato de o juiz não ter participado da sessão na qual se iniciou o julgamento do recurso eleitoral não impede que ele profira voto, caso entenda estar apto a julgar a causa. 3. Conforme decidido por esta Corte no julgamento do RO nº 4746-42/AM, o Ministério Público Eleitoral não pode se valer do inquérito civil público no âmbito eleitoral, consoante a limitação imposta pelo art. 105-A da Lei nº 9.504/97. Ressalva do entendimento do relator. 4. Recurso ordinário desprovido". (TSE, RO: 489016 AM, Relator: Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, DJ 27.02.2014, DJE 20.03.2014, Página 66).

Em que pese tal entendimento, a doutrina contemporânea tem acertadamente demonstrado que, por se tratar de tutela de direitos coletivos *lato sensu* com relevância social e presença de interesse público, não deveria existir tal limitação:

"Ora, se é verdade que o bem tutelado é metaindividual e se o legitimado para postular a sua tutela é um ente coletivo, como poderia a Lei das Eleições vedar a utilização do inquérito civil público para subsidiar essas ações coletivas eleitorais? Onde o legislador

constitucional não fez restrições (antes o contrário, porque o art. 129, III, da CF/1988 contém uma norma de encerramento), jamais poderia fazê-las o legislador infraconstitucional, sobretudo de forma fisiológica e protetiva de interesses particulares. Dessa forma, por vedar a utilização da técnica do inquérito civil em material eleitoral, a regra do art. 105-A da Lei de Eleições se revela flagrantemente violadora do art. 129, III, da CF/1988. Por outro lado, essa regra, reflexo de fisiologismo do legislador ao prever uma restrição oportunista ao uso de instrumento que tem assento constitucional, afronta também a garantia esculpida no art. 5.º, XXXV, da CF/1988, que assegura amplo acesso à Justiça¹⁷.

Vale destacar que está pendente de julgamento a ADIn n. 4.382 que, entre outros dispositivos, também trata do polêmico art. 105-A da Lei 9.504/1997. Espera-se que o julgamento seja consentâneo com o microsistema da tutela coletiva e permita a utilização do IC também no âmbito eleitoral.

5. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A doutrina, de um modo geral, mitiga a aplicação do princípio do contraditório no inquérito civil, notadamente por considerá-lo mero procedimento administrativo, e não processo administrativo. O objetivo do inquérito não é a aplicação de sanção ao investigado e, por isso, o contraditório deveria ser mitigado¹⁸.

No entanto, Nelson Nery Jr. vê uma hipótese de incidência do princípio do contraditório:

17. JORGÉ, Flavio Chelm; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A limitação à utilização do inquérito civil no direito eleitoral: a inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997. In: *Revista de Processo*, v. 39, n. 235, set./2014, p. 18.

18. Na doutrina existem alguns entendimentos contrários à incidência do contraditório em sede de inquérito civil: "Ora, como procedimento administrativo, o inquérito civil não aplica nenhuma sanção, razão pela qual não há acusado; muito menos extingue, modifica ou cria direito, já que não se deduz, em seu objeto, nenhuma pretensão de direito material, inexistindo, portanto, litigantes. Resumindo, o inquérito civil não altera a esfera jurídica do cidadão. A sua única finalidade, já dissemos, é a de arrematar provas para a formação da opinião jurídica do membro do Ministério Público, a fim de embasar a sua atuação institucional [...] esse instituto jurídico está fora da hipótese de incidência do dispositivo constitucional que cuida do contraditório e da ampla defesa" (QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. "A eficácia probatória do inquérito civil no processo judicial de combate à corrupção". In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 423-425). No mesmo sentido, negando a incidência do contraditório em sede de inquérito civil: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Inquérito Civil e Poder Investigatório do MP*. In: MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 233.

*Interessante
(DISCURSO)*

"Pode-se pensar, no entanto, na expressão 'acusados em geral', constante do texto constitucional (CF, 5º, LV), que autoriza o raciocínio de que, no inquérito policial e no inquérito civil, que são procedimentos administrativos, podem existir acusados, de modo que aí, sim, incidiria o princípio constitucional do contraditório.¹⁹ Quando ainda não houver acusado, isto é, o inquérito for instaurado para a apuração da autoria, não incidirá o princípio (...). Há situações em que o indiciado ou acusado no inquérito policial ou civil age de modo a perturbar o descobrimento da verdade, praticando atos ou se omitindo propositivamente, no intuito de dificultar a apuração da verdade. Quando ocorrer esse tipo de bloqueio de má-fé, justifica-se a utilização do inquérito com os mecanismos inquisitórios que lhe são peculiares, havendo mitigação do princípio constitucional do contraditório."²⁰

E arremata o mesmo Nelson Nery Jr.:

"De qualquer modo, como o mister constitucional do Ministério Público é o de buscar a verdade no interesse social, é seu dever permitir que no inquérito possam ser produzidas provas para formar sua convicção. Nada obsta que a autoridade policial e o Ministério Público, respectivamente no inquérito policial e no inquérito civil, permitam ao acusado acesso aos autos e a todos os passos na investigação."²¹

Em verdade o que importa observar no curso do procedimento são as garantias constitucionais atinentes ao Estado Democrático de Direito; se existe risco de malferir essas garantias, o Ministério Público deverá zelar para que isso não aconteça no inquérito civil.

Obviamente, a função investigatória do inquérito civil atenua a garantia do contraditório, mas não a elimina.

É possível afirmar que, atualmente, vivemos uma fase de "processualização" dos procedimentos: os procedimentos, na medida em que são métodos de exercício do poder, vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório. A processualização não se limita ao inquérito, pode ser observada na difusão da ideia de eficácia horizontal dos direitos

19. Luís Roberto Proença traz interessante exemplo: "(...) no caso de loteador notificado pelo Ministério Público (nos termos do art. 38, caput, e § 2º, da Lei 6.766/79) a suprir a sua omissão, procedendo ao registro do loteamento ou executando-o de acordo com o previsto nas normas legais ou administrativas. A notificação, em si, já demonstra haver concluído o Ministério Público sobre a efetiva ocorrência de ilícito, podendo acarretar, de imediato, ao loteador, consequências jurídicas como a suspensão de pagamento pelos adquirentes dos lotes das parcelas restantes do preço de aquisição. Estabelece-se, assim, efetivo conflito de interesses, devendo ser aplicados, então, os princípios da ampla defesa e do contraditório". (PROENÇA, Luís Roberto. *Inquérito civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 36)

20. NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, p. 141.

21. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 141.

fundamentais (aplicáveis no âmbito das relações jurídicas privadas),²² na consolidação da garantia do contraditório no âmbito administrativo com a Constituição Federal de 1988 e, ainda, com o crescente posicionamento doutrinário em favor do direito de defesa no inquérito policial.²³

O contraditório no *inquérito civil* existe, embora com conteúdo reduzido: o direito de ser informado (direito à informação)²⁴ e o de participação do sujeito ativo em determinados atos. Garante-se ao *investigado*, por exemplo, o direito de ser acompanhado por advogado.

Obviamente, o direito de reação plena (poder de influenciar a convicção daquele que proferirá uma decisão) será exercido plenamente no processo jurisdicional subsequente. Consequentemente o contraditório no *inquérito civil* não será pleno, sob pena de descaracterizar o instrumento²⁵.

Com considerações dirigidas ao *inquérito policial*, mas plenamente aplicáveis ao *inquérito civil*, Aury Lopes Jr. leciona: "Ainda que não seja razoável exigir um contraditório pleno na investigação preliminar (seja *inquérito* ou outra modalidade), até porque seria contrário ao próprio fim investigatório, comprometendo o esclarecimento do fato oculto. O que sim é perfeitamente exigível é a existência de um contraditório mínimo, que de forma concreta garantisse a comunicação e a participação do sujeito ativo em determinados atos. Esse mínimo não afastaria uma participação mais efetiva do sujeito passivo quando, conforme o caso, o segredo interno não se justificasse".²⁶

Aury Lopes Jr. arremata seu pensamento, delimitando o que considera o conteúdo mínimo do contraditório no *inquérito policial*, que pode ser adaptado, tranquilamente, ao *inquérito civil* (citam-se apenas os aspectos aplicáveis ao processo civil):

22. Belo exemplo é o art. 57 do Código Civil: "A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto". Sobre o tema, conferir o importante trabalho de DANTAS, Miguel Calmon. "Direito fundamental à processualização". *Constituição e processo*. Fredie Didier Jr., Luiz Manoel Gomes Jr. e Luiz Rodrigues Wambier (coords.). Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 367-436.

23. A propósito, apenas para exemplificar, SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004, p. 198-372; LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 240-245.

24. Em sentido bem próximo, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 99-100.

25. Alguns autores vêm defendendo a aplicação plena e obrigatória do contraditório em sede de *inquérito civil*: CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. "O inquérito civil como instrumento efetivo e resolutivo na tutela dos interesses transindividuais - desjudicialização, contraditório e participação". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 40, n. 247, p. 325-333; CARVALHO, Ulisses Dias de Carvalho. "Uma leitura constitucional do inquérito civil". In: *Boletim Científico ESMPU*, ano 13, n. 42-43, jan./dez. 2014, p. 374-377.

26. LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 293-294.

"a) comunicação imediata da existência de uma imputação: tão logo exista uma imputação contra uma pessoa determinada ou elementos suficientes que permitam identificar o possível autor do delito, este deve ser chamado a comparecer perante a autoridade encarregada da investigação preliminar. Na comunicação deverá constar uma síntese da imputação e esclarecer em que qualidade comparece para declarar. Deverá ser-lhe comunicado o direito de comparecer acompanhado de advogado ou solicitar a nomeação caso não tenha condições econômicas para constituir.

(...)

c) duração do segredo interno: o segredo interno deverá durar um tempo prudencial, necessário para a prática de determinado(s) ato(s) cujo conhecimento prévio por parte do sujeito passivo comprometeria a eficácia da investigação (...). De qualquer modo, deverá ser extinto, dando lugar à publicidade interna, com suficiente antelaboração ao encerramento da investigação preliminar, para permitir ao sujeito passivo solicitar diligências e aportar elementos de convicção em seu benefício.

d) produção antecipada de provas e provas técnicas irrepetíveis: deverá ser-lhe permitido participar ativamente da produção antecipada de provas e, no caso das provas técnicas irrepetíveis, oferecer quesitos e conhecer os resultados".²⁷

O contraditório no *inquérito civil* prestigia, como se vê, a eficiência processual, permitindo que, durante a fase de instrução do processo jurisdicional coletivo, não sejam repetidas provas anteriormente produzidas administrativamente, em contraditório.

O Ministério Público do Espírito Santo tem norma específica sobre o contraditório no IC. Conforme o art. 22 da Resolução 006/2014 do Colégio de Procuradores de Justiça do MPES:

"art. 22. O presidente do inquérito civil ou do procedimento preparatório, em cumprimento ao princípio do contraditório, deverá ouvir, ao final, o(s) investigado(s), podendo o(s) mesmo(s) se fazer(em) acompanhar por advogado, facultada a apresentação de informações por escrito, no prazo máximo de 15 (quinze) dias. § 1º Não se aplica o disposto no *caput*, deste artigo, nas hipóteses seguintes: I - quando haja dificuldade justificada em fazê-lo; II - quando em situações justificadas de urgência, e; III - quando, de qualquer modo, possa refletir prejuízo à eficácia da investigação. § 2º Ao ser notificado, o investigado será cientificado dessa condição e da faculdade de se fazer acompanhar por advogado e de trazer os subsídios que entender necessários. § 3º A critério do presidente do inquérito civil, o momento da(s) oitiva(s) do(s) investigado(s) poderá ser antecipado.

27. LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, cit., p. 294.

§ 4º No caso do investigado ou seu advogado requerer diligências, o presidente apreciará a conveniência e a oportunidade da sua realização, arcando o(s) investigado(s) com eventuais despesas. § 5º É facultado ao investigado, no curso do inquérito civil, requerer pessoalmente ou por seu advogado, a juntada de documentos aos autos do procedimento, cujo deferimento dependerá da pertinência com o fato investigado."

É preciso lembrar, ainda, que o *contraditório* garante a participação no procedimento. Sucede que a participação no procedimento não se restringe ao Ministério Público e ao investigado. Como se trata de uma atividade de colheita de provas, para a formação de um lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma ação coletiva, é interessante que, deste procedimento, participem todos quantos possam colaborar com a investigação, sem que isso prejudique o seu andamento – tanto mais participativo, tanto mais profícuo, certamente, será o inquérito civil.²⁸

6. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E INQUÉRITO CIVIL

Quanto ao princípio da *publicidade*, o regime é outro. A mitigação aqui é um tanto menor. O inquérito civil é inquisitivo, mas não é secreto.²⁹

"Assim, sempre, deve ser dada publicidade quanto à sua instauração, ao seu arquivamento, e quanto a eventual ajuizamento da ação civil pública e, via de regra, deve-se permitir o acesso ao investigado e aos colegitimados, aos próprios autos, para acompanhem as investigações, sendo constitucionalmente assegurado aos interessados direito à obtenção de certidões".³⁰

Como a vista dos autos é, muita vez, proibida, afirma-se aqui a mitigação do princípio da publicidade.

Hugo Nigro Mazzili entende que o inquérito civil se sujeita ao princípio da publicidade, salvo se: "a) o Ministério Público teve acesso a informações sigilosas que passaram a integrar os autos; b) da publicidade puder resultar prejuízo à investigação ou ao interesse da sociedade".³¹ Também deve ser mitigada a publicidade, quando puder causar dano significativo à imagem do investigado.³²

28. Amplamente, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 97-102.

29. PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil*, p. 39.

30. PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil*, p. 39.

31. MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 15ª ed., cit., p. 339.

32. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*", cit., p. 224.

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Res. nº 23/2007, disciplinando o inquérito civil e a publicidade nos procedimentos investigatórios do Ministério Público. Assim ficou definida a matéria:

"Art. 7º Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.

§ 1º Nos requerimentos que objetivam a obtenção de certidões ou extração de cópia de documentos constantes nos autos sobre o inquérito civil, os interessados deverão fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido, nos termos da Lei nº 9.051/95.

§ 2º A publicidade consistirá:

I – na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público mediante publicação de extratos na imprensa oficial;

II – na divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão;

III – na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados, mediante requerimento fundamentado e por deferimento do presidente do inquérito civil;

IV – na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do inquérito civil.

§ 3º As despesas decorrentes da extração de cópias correrão por conta de quem as requereu.

§ 4º A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou.

§ 5º Os documentos resguardados por sigilo legal deverão ser autuados em apenso.

Art. 8º Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, o membro do Ministério Público poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas".

Observe que a Resolução n. 23 regulou também as informações prestadas à imprensa sobre as providências adotadas pelo membro do Ministério Público. Note que existe um estímulo à publicização dos procedimentos, como já era defendido por este Curso. A regra, nos Estados Democráticos, é a publicidade; o segredo é a exceção.

Existe ainda regra nova, alterada pela Resolução n. 59 do CNMP, que determina a seguinte redação para o art. 6º, § 10 da Resolução n. 23: "Todos

os ofícios requisitórios de informações ao inquérito civil e ao procedimento preparatório deverão ser fundamentados e *acompanhados de cópia da portaria que instaurou o procedimento* ou da indicação precisa do endereço eletrônico oficial em que tal peça esteja disponibilizada". Esta regra determina que os atos de instauração dos procedimentos administrativos do Ministério Público sejam divulgados juntamente com os ofícios e pedidos pela autoridade, dando ciência do objeto do procedimento.

Acrescente-se, ainda, que a sessão de julgamento do pedido de arquivamento do inquérito civil deverá ser pública.³³

A Lei 12.527/2011, que regula o acesso às informações previsto no art. 5º, inc. XXXIII, no art. 37, § 3º, inciso II e no art. 216, § 2º, da CF/1988, estabeleceu um regime jurídico geral para o sigilo e a publicidade dos atos e processos administrativos e judiciais, devendo ser igualmente aplicável aos inquéritos civis. A lei estabelece, entre outras normas, "observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção", como já defendíamos neste Curso.

Igualmente, a Resolução Conjunta CNJ/CNMP n. 2, que cria os cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, prevê a divulgação do inteiro teor das peças processuais, desde que não cobertas pelo sigilo: "Art. 4º As peças processuais das ações e os termos de ajustamento de que trata esta resolução serão disponibilizados na rede mundial de computadores. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos documentos e elementos de prova e as peças protegidas por sigilo legal."

Existe, portanto, um movimento nacional pela transparência dos processos judiciais e dos atos da administração pública. Desse movimento não poderiam ficar excluídos os institutos do processo coletivo, em face de sua dimensão democrática e seu impacto geral.

A Resolução CNMP n. 107/2014 suprimiu o inc. V, do § 2º, do artigo, 7º, da Resolução CNMP n. 23, que estava assim redigido: a publicidade consistirá "na concessão de vistas dos autos, mediante requerimento fundamentado do interessado ou de seu procurador legalmente constituído e por deferimento total ou parcial do presidente do inquérito civil".

O objetivo, conforme se depreende dos consideranda, foi garantir maior acesso dos advogados aos autos do inquérito e dos procedimentos administrativos. Indica a postura do CNMP de crescente formalização do

Inquérito e processualização dos procedimentos, como já mencionado. Nestes termos, passa a disciplinar a matéria do acesso aos autos dos procedimentos administrativos o quanto disposto no Estatuto da Advocacia, segundo o qual é direito do advogado no exercício da advocacia:

"art. 7º [...] XIII - examinar, em qualquer dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos; XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital (Redação da Lei nº 13.245/2016); XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais" (Lei n. 8.906/1994).

O STF chegou a editar um enunciado de súmula vinculante quanto ao direito de acesso dos advogados em matéria criminal: súmula vinculante, nº 14: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgãos com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Com as considerações já efetuadas acima, de que é necessário permitir o acesso do que já está documentado e sem segredo de justiça, é bom lembrar que o STF não tem admitido a aplicação da referida súmula na matéria civil:

"O agravante não trouxe novos elementos aptos a infirmar ou elidir a decisão agravada. Como já demonstrado, a Súmula Vinculante n. 14 é aplicada apenas a procedimentos administrativos de natureza penal, sendo incorreta sua observância naqueles de natureza cível." (Pleno, Rcl n. 8458 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 26.6.2013, publicado no DJe de 19.9.2013)

"O Verbete 14 da Súmula Vinculante do STF (É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa) não alcança sindicância que objetiva elucidação de fatos sob o ângulo do cometimento de infração administrativa. Com base nessa orientação, a 1ª Turma negou provimento a agravo regimental em que se reiterava alegação de ofensa ao referido enunciado, ante a negativa de acesso a sindicância." (STF, 1ª T, Rcl n. 10771 AgR, rel. Ministro Marco Aurélio, j. em 4.2.2014, DJe de 18.2.2014)

33. MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 15ª ed., p. 339.

7. INQUÉRITO CIVIL E PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

7.1. Generalidades

Muito interessante é o posicionamento de Daniel Assumpção Neves, que defende uma aproximação entre o *inquérito civil* e as ações probatórias autônomas (consagradas sob a rubrica "produção antecipada de prova" no arts. 381 e segs. do CPC, analisados mais adiante), embora reconheça a diferença de natureza entre as figuras (o primeiro, procedimento administrativo; as últimas, processo jurisdicional)³⁴.

De fato, o *inquérito civil* resulta num conjunto de provas produzidas extrajudicialmente, que devem ser valoradas pelo órgão jurisdicional quando julgar a ação coletiva (exatamente o que ocorre em relação às provas produzidas em ação probatória autônoma).

Arremata Daniel Assumpção:

"Seria um manifesto equívoco imaginar-se que somente as provas produzidas em Juízo podem ser valoradas pelo juiz no caso concreto, existindo outros requisitos muito mais importantes na produção da prova que a participação do juiz. O respeito ao contraditório é certamente o maior deles, devendo a prova ter uma maior carga probatória conforme mais respeito tenha sido concedido a tal princípio no caso concreto, independentemente do responsável pela condução da produção probatória.

(...)

Em nosso entendimento quanto mais público tiver sido o *inquérito civil* e maior tiver sido a participação do investigado, maior credibilidade a prova terá diante do juiz da ação civil pública, aumentando assim sua carga probatória no convencimento do magistrado".³⁵

O certo é que a prova produzida em contraditório prévio poderá servir inclusive para a dispensa da prova pericial (art. 472, CPC).

34. No Direito Inglês, conferir os *pre-actions protocols*, mecanismo análogo à produção antecipada de prova e ao *Inquérito Civil* que tem como um dos objetivos principais "promover e estimular o acordo, evitando-se, assim, um processo, ou pelo menos abrir caminho para um litígio focado e mais eficiente, caso este não possa ser evitado" (ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 205). Sua finalidade atinge inclusive a verificação da possibilidade de conciliação (ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil*, cit., p. 127-128). Nesse sentido está a disposição geral prevista nas "Orientações sobre a prática dos *pre-actions protocols*": "Where there is a relevant pre-action protocol, the parties should comply with that protocol before commencing proceedings. Where there is no relevant pre-action protocol, the parties should exchange correspondence and information to comply with the objectives in paragraph 3 ([...](c) try to settle the issues without proceedings; (d) consider a form of Alternative Dispute Resolution (ADR) to assist with settlement), bearing in mind that compliance should be proportionate".

35. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "O *inquérito civil* como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*", cit., p. 244.

Há quem defenda, porém, que a propositura de ação coletiva calcada em lastro probatório produzido em *inquérito civil*, que se desenvolveu sem a observância do contraditório, é inadmissível, porque contaminada com o vício do procedimento de investigação preliminar. Assim, a consequência seria a da extinção, sem exame do mérito, do processo jurisdicional coletivo, por ausência de requisito processual de validade (art. 485, IV, CPC).³⁶

7.2. O CPC e a antecipação de prova não urgente (art. 381 a 384, CPC-2015). A produção de prova para futura ação coletiva independentemente da instauração do *inquérito civil*

O novo CPC prevê dois novos fundamentos para a ação de produção antecipada de prova. O CPC ampliou a autonomia do direito à produção da prova, de modo a permitir ação probatória autônoma em situações que não pressuponham urgência³⁷, deixando claro o seu cabimento para o caso de a prova a ser produzida servir para a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito ou quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação (art. 381, II e III, CPC).

Claramente a ampliação das hipóteses de produção antecipada de prova serve ao propósito da tutela adequada, tempestiva e efetiva dos direitos. Com as informações sobre a causa, ficará muito mais simples para as partes alcançarem um acordo qualificado, afastando uma das críticas aos acordos que é a desproporcionalidade entre a informação das partes envolvidas. Ao mesmo tempo, isso atende ao princípio da "decisão informada", também previsto no art. 166, *caput*, do CPC.

A autonomia do processo de produção antecipada de prova dispensa, inclusive, a propositura de futura demanda com base na prova que se produziu. A produção da prova pode servir, aliás, exatamente como *contraestímulo* ao ajuizamento de outra ação; o sujeito percebe que não tem lastro probatório mínimo para isso; nesse sentido, a produção antecipada de prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas. Segundo Yarshell³⁸, trata-se de ação que se reveste de *duplicidade peculiar*. Isso porque, ao invés de ambas as partes adotarem simultaneamente a dupla face de autor e réu, o que se observa é que a posição ocupada pelas

36. TUCCI, Rogério Lauria. "Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1997, nº 745, p. 83-84.

37. YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

38. YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 330-331.

partes não é muito relevante. A procedência da demanda tem o mesmo significado para ambas, pois a prova será produzida e atingirá, para beneficiar ou prejudicar, todas as partes³⁹.

O art. 381 do CPC é muito mais amplo que o seu correlato no CPC-1973. Não se limita apenas as provas periciais e orais, englobando todas as espécies de provas e consolidando os procedimentos que o CPC/1973 tratava de forma isolada como justificação e produção antecipada de provas. Diferentemente do CPC-1973, que previa a produção antecipada de prova oral ou pericial, o CPC não faz essa restrição: é possível pedir a produção antecipada de qualquer prova. O CPC-1973 previa três espécies de ações probatórias: a produção antecipada de prova, que se fundava em urgência e se restringia às provas oral e pericial; a justificação, que dispensava a urgência e se restringia à prova testemunhal; a ação de exibição de documento (que era prevista no rol dos meios de prova e como "ação cautelar"). O CPC atual fundiu (unificou) a produção antecipada de prova e a justificação, em um único procedimento, em que se permite a produção de qualquer prova, independentemente da demonstração de urgência. O CPC atual previu, também, a ação de exibição de documento ou coisa apenas no rol dos meios de prova - e não mais como ação cautelar, no que agiu muito bem.

Além disto, a gestão do processo e as estratégias a serem utilizadas processualmente dependem do conhecimento dos fatos. O inc. III, art. 381, CPC, valoriza a *discovery* (a pesquisa probatória anterior ao ajuizamento da demanda), resultando em uma espécie de fase pré-processual (*pre-trial*), permitindo o conhecimento dos fatos relevantes antes do ajuizamento da demanda.

Note-se que isto se aplica mesmo para as partes que não possuem a prerrogativa de investigação do Ministério Público, isto é, para as partes que não podem utilizar o instrumento do Inquérito civil. Portanto este instrumento autoriza aos legitimados a requerer provas em juízo para o fim de analisar o cabimento da ação coletiva.

Como se vê, a produção de prova que prepare (dê lastro) a futura ação coletiva pode resultar de um procedimento judicial.

Ou seja, nem sempre o lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma ação coletiva é produzido por Inquérito civil e, por isso, nem sempre decorrerá da atuação administrativa do Ministério Público.

39. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de; BRAGA, Paula Sarno. Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 11ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2 p. 143

É preciso sintonizar, também aqui, os instrumentos de produção antecipada de prova judicial e extrajudicial para a tutela coletiva.

7.3. Simultaneidade de procedimentos investigatórios para apurar o mesmo fato (inquérito penal e cível) e prova emprestada

O inquérito civil e o inquérito penal são facultativos. Basta a ocorrência de elementos de convicção suficientes, as chamadas peças de informação, para que o Ministério Público adote o comportamento correspondente à ação civil pública ou à ação penal.

Logo, em uma República, não pode haver limitação para que distintos órgãos, no exercício de suas atribuições, realizem investigações. Trata-se de um desdobramento da tripla responsabilidade: civil, penal e administrativa.

"Ademais, tanto o ordenamento jurídico como a jurisprudência do STJ reconhecem a independência entre as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa, de modo que não socorre os impetrantes a inconformidade quanto à simultaneidade de procedimentos investigatórios para apurar o mesmo fato, especialmente porque são diversos os objetos da investigação civil e policial (a primeira tendente a verificar ato de improbidade e a segunda, ilícito penal). Precedentes." (STJ, RMS 37.679/RR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 02/02/2015)

Justamente pela simultaneidade das investigações resultar em colheita de provas relevantes em procedimentos diversos, as decisões do STJ são firmes em admitir a possibilidade da prova emprestada entre o inquérito policial e o procedimento administrativo; a mesma possibilidade existe também quanto ao processo coletivo. Há, respeitado o contraditório, a possibilidade de um intercâmbio de provas entre os distintos procedimentos investigatórios.

"Essa Corte Superior tem firme entendimento de que é possível a utilização de provas emprestadas de inquérito policial e processo criminal na instrução de processo disciplinar, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa como ocorrido nos autos. Nesse sentido, confirmam-se: MS 16.122/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 24/5/2011; MS 15.825/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19/05/2011; MS 17.534/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 20/03/2014; e 14.501/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe 08/04/2014." (MS 15.907/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 14/05/2014, DJe 20/05/2014).

A Receita Federal deve compartilhar as provas por ela obtidas com o Ministério Público. O STF recentemente entendeu pela constitucionalidade da investigação direta pela Receita Federal, nos termos do art. 6º, da Lei Complementar 105/2001 (RE n. 601.314, Rel. Min. Edson Fachin). O Ministério Público também poderá requerer judicialmente a quebra do sigilo bancário e fiscal para o fim de instruir o inquérito, conforme o previsto pelo art. 1º, § 4º da Lei Complementar 105/2001⁴⁰.

8. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL

O procedimento investigatório preliminar para o ajuizamento de ação coletiva deve obedecer ao direito fundamental à duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

Isso porque o procedimento pode arrastar-se por longo tempo, deixando em situação de incerteza inúmeras situações jurídicas, impedindo investimentos e imobilizando o patrimônio de várias pessoas. Como foi visto, esta demora poderá até mesmo implicar o dever de o Poder Público indenizar os prejudicados.

9. INSTAURAÇÃO

A instauração do inquérito costumava ser por portaria ou por despacho exarado no requerimento, ofício ou representação que tenha sido endereçada ao Ministério Público⁴¹. Contudo a Resolução nº 23 do CNMP restringiu o ato de instauração à portaria (art. 4º), mais um sinal de formalização do inquérito civil.

Conforme a doutrina de direito administrativo, a diferença entre despacho e portaria resolve-se na seguinte comparação:

"Portaria - é a fórmula pela qual autoridades de *nível inferior* ao Chefe do Executivo, sejam de qualquer escalão de comandos que forem, dirigem-se a seus subordinados, transmitindo decisões de efeito interno, quer com

40. LC n. 105/2001. Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...) § 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I - de terrorismo; II - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV - de extorsão mediante sequestro; V - contra o sistema financeiro nacional; VI - contra a Administração Pública; VII - contra a ordem tributária e a previdência social; VIII - lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX - praticado por organização criminosa.

41. LEONEL, Ricardo de Barros, *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 346.

relação ao andamento das atividades que lhes são afetas, quer com relação à vida funcional de servidores, ou, até mesmo, por via delas, abrem-se inquéritos, sindicâncias, processos administrativos. Como se vê se trata de ato formal de conteúdo fluido e amplo". O "despacho é a denominação utilizada para referir *decisões finais* ou *interlocutórias* das autoridades em matérias que sejam submetidas à sua apreciação"⁴².

A fixação do ato como portaria é relevante para fim de garantir sua publicidade aos órgãos da administração superior do Ministério Público e também para a formalização do procedimento em relação aos servidores que irão secretariar e realizar as diligências determinadas pelo presidente.

Porém, como é sabido, tendo em vista a independência funcional, não se pode falar que os promotores de justiça atuam como "órgãos de nível inferior", não havendo qualquer subordinação em relação ao mérito do que for determinado pelo presidente do procedimento. O controle será exercido quanto ao arquivamento indevido e a disponibilidade indevida do bem jurídico tutelado. Havendo discordância pelo Conselho Superior, deverá ser efetuada designação de outro membro do Ministério Público (art. 9º, § 4º, da LACP).

A fundamentação do ato administrativo de instauração do procedimento investigatório é indispensável ao controle da legitimidade/ legalidade deste ato. De fato, o inquérito civil somente deve ser instaurado se houver interesse público que justifique o ajuizamento de uma ação coletiva ou ação individual de competência do Ministério Público, e é preciso verificar se esse procedimento é o meio adequado e necessário à realização daquele interesse.⁴³

As peças de informação devem ser autuadas e numeradas, bem como devem ser identificados na capa o nome dos interessados, o assunto e a data da instauração.⁴⁴

Há uma dúvida, porém: o inquérito civil pode ser instaurado contra qualquer pessoa, mesmo que ocupante de cargo ou função pública com prerrogativa de função para a respectiva ação penal?

Há grande controvérsia na jurisprudência e na doutrina sobre a possibilidade de agentes públicos, cujo foro para a respectiva ação penal é fixado como prerrogativa da função que exerce, poderem ser processados em ação de improbidade administrativa, eis que desta pode resultar a perda do cargo e dos direitos políticos, exatamente as mesmas consequências

42. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 403-404.

43. RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 104-106.

44. RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 113.

de uma eventual condenação por crime de responsabilidade (infração político-administrativa), que, no caso, tem rito específico previsto na Lei de Crime de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950).

Além disso, e partindo-se da premissa de que aqueles agentes poderiam ser processados por improbidade administrativa, discute-se a questão da competência para a condução do inquérito civil, que deve respeitar a competência para o ajuizamento de futura ação coletiva.

Assim, por exemplo, se a ação coletiva somente puder ser proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, a ele cabe presidir o *inquérito civil* (art. 29, VIII, Lei n. 8.625/1993)⁴⁵. Admite-se, inclusive, o ajuizamento de reclamação por usurpação de competência (art. 988, CPC): se eventual ação coletiva ajuizada contra o agente investigado for da competência de um tribunal, é possível ajuizar reclamação perante este tribunal, para controlar a competência, ainda que administrativa.

Pode haver reclamação constitucional sem que sequer haja processo anterior, mas simples inquérito policial, e ainda assim a competência do tribunal superior pode estar sendo usurpada, "por se tratar de inquérito que poderia redundar em denúncia contra pessoa que possuía foro privilegiado naquela corte, de modo que a própria atividade inquisitorial havia de ser ali conduzida".⁴⁶ No caso "Petrolão - Operação Lava Jato" o STF determinou a subida dos autos distribuídos originalmente ao juiz Sérgio Moro para que o MPF analisasse o envolvimento da Presidente da República ao argumento de que cabe ao próprio STF decidir sobre a existência de conexão ou a cisão dos processos para julgamento em separado quando nas investigações surge indícios de crime praticado por autoridade com prerrogativa de função. O STF tomou conhecimento do problema a partir da divulgação de interceptação de diálogos entre o ex-Presidente Lula e a Presidenta Dilma Rousseff (STF - Medida Cautelar em Reclamação nº. 23.457/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Recle. Advogado Geral da União, Recido. Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR).

45. Assim, "Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça [...] VIII - exercer as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembleia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação". Observe-se, contudo, que o ato de ajuizamento da ação por promotor de justiça sem atribuição pode ser convalidado, por força do princípio da unidade do Ministério Público e pela expressa possibilidade de designação pelo Procurador-Geral de Justiça (art. 29, IX e 24, da Lei 8.625/93). Neste aspecto, juiz natural e promotor natural não se confundem, em razão da natureza das funções do MP que ao lado da independência garantem a unidade como princípio institucional, basta, para tanto, a aceitação do órgão de execução titular para que o ato seja convalidado.

46. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 459.

A Resolução n. 59 do CNMP, que alterou o disposto na Resolução n. 23, expressamente reconheceu a incidência das normas referentes aos atos do Ministério Público de primeiro grau perante as autoridades no inquérito civil ou procedimento preparatório. Assim, para remeter ofício, expedir requisição, notificação ou intimação à autoridade pública com prerrogativa legal (v.g., Presidente da República; Vice-Presidente; Ministros de Estado, inclusive dos tribunais superiores; Governadores dos Estados; membros do Poder Legislativo, federal e estadual; desembargadores etc.) deverá ser o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República o comunicante, não cabendo a valoração do contido no expediente:

Art. 6º. (...) § 8º. As notificações, requisições, intimações ou outras correspondências expedidas por órgãos do Ministério Público da União ou pelos órgãos do Ministério Público dos Estados, destinadas a instruir inquérito civil ou procedimento preparatório observarão o disposto no artigo 8º, § 4º, da Lei Complementar nº 75/93, no artigo 26, § 1º, da Lei nº 8.625/93 e, no que couber, no disposto na legislação estadual, devendo ser encaminhadas no prazo de dez (10) dias pelo respectivo Procurador-Geral, não cabendo a este a valoração do contido no expediente, podendo deixar de encaminhar aqueles que não contenham os requisitos legais ou que não empreguem o tratamento protocolar devido ao destinatário.

Ocorreu ainda outra alteração referente às atribuições do órgão de investigação. Identificando-se que há atribuição de outro Ministério Público, deverá o órgão que instaurou o inquérito submeter sua decisão ao referendo do órgão de revisão competente, conforme o caso, Conselho Superior do Ministério Público ou Câmara de Coordenação e Revisão:

Art. 9º-A. Após a instauração do inquérito civil ou do procedimento preparatório, quando o membro que o preside concluir ser atribuição de outro Ministério Público, este deverá submeter sua decisão ao referendo do órgão de revisão competente, no prazo de 3 (três) dias. (Redação dada pela Resolução nº 126, de 29 de julho de 2015)

10. REPRESENTAÇÃO ANÔNIMA: POSSIBILIDADE

A representação autônoma, feita por particular, com o propósito de iniciar a investigação, deve ser admitida, cabendo ao órgão de execução averiguar os elementos de convicção para saber se estão presentes os requisitos de instauração.

Não há nenhuma nulidade em o Ministério Público proceder à investigação civil a partir de representação anônima. No mesmo sentido a Resolução n. 23 do CNMP: "O conhecimento por manifestação anônima,

justificada, não implicará ausência de providências, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral, constantes no artigo 2º, inciso II, desta Resolução" (art. 2º, § 3º) e a jurisprudência do STJ:

"Administrativo e constitucional. Recurso ordinário em mandado de segurança. Inquérito civil aberto pelo ministério público com base em denúncia anônima. Possibilidade. 1. Recurso ordinário no qual se discute a possibilidade de o ministério público instaurar inquérito civil para apurar a veracidade de fraudes em procedimentos licitatórios, que foram informadas por meio de denúncia anônima. 2. A Lei n. 8.625/1993, Lei Orgânica do Ministério Público, e a Resolução n. 23/2007 do conselho nacional do ministério público *autorizam a atuação investigatória do parquet, no âmbito administrativo, em caso de denúncia anônima*. Precedente: RMS 30.510/RJ, rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJE 10/02/2010. 3. No caso, o parquet instaurou inquérito civil com base em denúncia anônima que continham indícios que supostamente caracterizariam fraudes em procedimentos licitatórios, bem como baseou-se em notícia determinada que é objeto em outros inquéritos civis. 4. Recurso ordinário não provido." (RMS 37.166/SP, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013)

11. INQUÉRITO CIVIL E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Conforme apontado linhas atrás, o *inquérito civil* pode resultar na celebração de um compromisso de ajustamento de conduta (também examinado no capítulo sobre autocomposição).

O compromisso de ajustamento de conduta, quando realizado pelo Ministério Público, deve ser submetido à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, porque pode significar o arquivamento implícito do inquérito civil (ver item abaixo sobre o arquivamento do inquérito civil).

Mas nem sempre o compromisso de ajustamento de conduta implica extinção do inquérito civil.

"Quanto à influência do compromisso de ajustamento sobre o inquérito civil no qual foi pactuado, têm-se duas situações distintas: o compromisso poderá ser parcial, referindo-se só à parte da matéria investigada, ou integral, se esgotá-la. Se ele for parcial, deverão prosseguir as investigações a respeito dos fatos não abrangidos pela avença, até a obtenção de novo ajuste ou ajuizamento da ação civil, ou até o posterior arquivamento do inquérito civil, se não houver fundamento para estas iniciativas. Se, por outro lado, o compromisso for integral (convencionando a respeito do pleno atendimento pelo

compromissário do disposto em lei), então, o inquérito deverá ser remetido ao Conselho Superior do Ministério Público para apreciação de eventual ocorrência de 'arquivamento implícito'." 47

Pondera Geisa de Assis Rodrigues, para quem o compromisso de ajustamento de conduta apenas suspende o inquérito civil, até o seu efetivo cumprimento. "Após a certificação do cumprimento do ajuste nos autos do inquérito, não havendo outras medidas a serem adotadas, deve a investigação ser arquivada, submetendo ao controle do Órgão Superior encarregado de apreciar os arquivamentos". 48

A autora, portanto, defende que o controle do compromisso somente se faça após o seu cumprimento, esse sim o responsável pela extinção do inquérito civil.

No entanto, o Ministério Público de São Paulo e o Ministério Público do Espírito Santo têm adotado o entendimento de que o compromisso deve submeter-se ao controle interno imediato do Conselho Superior; tal opção parece ser uma tendência geral, mesmo que a decisão do Conselho tenha caráter meramente homologatório. Isto significa dizer que o inquérito civil será arquivado e deverá ser instaurado novo procedimento para acompanhamento do cumprimento do termo de ajustamento de conduta firmado. Os prazos do novo procedimento, por óbvio, devem se submeter ao quanto previsto no compromisso.

Nos termos da Resolução 006/2014 do Colégio de Procuradores do MPES: "art. 24 O inquérito civil será arquivado: [...] II - Quando celebrado termo de ajustamento de conduta." O acompanhamento do cumprimento do quanto estabelecido se dará em procedimento administrativo: "art. 33. O procedimento administrativo é o instrumento destinado a: I - acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado [...]". Sendo, após o cumprimento, cientificado o CSMP (art. 37, § 1º).

12. ARQUIVAMENTO

Além da celebração de um compromisso de ajustamento de conduta, o *inquérito civil* pode redundar na propositura da ação coletiva ou, ainda, no seu arquivamento.

47. PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil*, cit., p. 138.

48. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 220.

O arquivamento do inquérito civil é ato submetido ao controle do Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º, § 1º, Lei n. 7.347/1985). Segundo consta da súmula 19 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, quando o inquérito versar sobre a lesão a direito individual indisponível (de criança, p. ex.), não há necessidade de o órgão ministerial submeter a sua decisão ao órgão superior.

Também se submete ao controle do Conselho Superior o arquivamento das peças de informação: "quando há indeferimento de representação ou requerimento de instauração de inquérito civil amparado em documentos de qualquer natureza, isto implica arquivamento de peças informativas, a ser homologado pelo órgão colegiado"⁴⁹. (art. 9º, Lei n. 7.347/1985).

O arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação deve ser remetido ao Conselho Superior em até três dias, sob pena de o órgão do Ministério Público incorrer em falta grave (§ 1º do art. 9º da Lei n. 7.347/1985).

Nada impede que o autor da representação⁵⁰ ou um legitimado⁵¹ à propositura da ação coletiva, exercendo seu direito de petição, apresente um arrazoado ao Conselho Superior, demonstrando o equívoco do arquivamento promovido.

"Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação", é o que dispõe o § 4º do art. 9º da Lei n. 7.347/1985.

Muito embora o texto legal seja expresso, ocorreu, no caso, *inovação legislativa*. É o Procurador Geral de Justiça, e não o Conselho Superior do Ministério Público, que irá designar o órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação. Isto porque a Lei n. 8.625/1993 (LOMPE - Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados) alterou o dispositivo do art. 9º, § 4º da Lei n. 7.347/1985, cabendo agora ao chefe administrativo da instituição a designação do novo órgão:

"Art. 10. Compete ao Procurador Geral de Justiça: IX - designar membros do Ministério Público para: d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informação" (Lei 8.625/93).⁵²

49. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 346.

50. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 346.

51. § 2º do art. 9º da Lei n. 7.347/1985: "Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação".

52. Vale observar que no âmbito do Ministério Público Federal outro é o regime, sendo atribuídas as tarefas não ao seu Conselho Superior, mas às Câmaras de Coordenação e Revisão. É importante observar

Conforme a lição da doutrina: "A quem incumbirá a propositura da ação civil pública na hipótese? A outro órgão do MP, que não seja o autor do arquivamento, cuja convicção é preservada mercê da independência funcional assegurada pelo art. 127, § 1º, da CF. Embora o art. 9º, § 4º, da LACP diga que ao rejeitar a promoção de arquivamento o Conselho Superior desde logo designará outro órgão do MP para propor a ação, é de ver que o mister compete, em verdade, ao procurador-geral de justiça, por força do disposto no art. 10, IX, d, da LONMP, norma mais recente em relação àquela. E se o procurador-geral de justiça, membro nato do Conselho Superior, foi vencido na votação que rejeitou o arquivamento do inquérito civil? Terá mesmo assim a obrigação de designar outro órgão do MP para a propositura da ação? Sem dúvida: na hipótese, o ato do procurador-geral de justiça é vinculado, apenas materializando decisão oriunda do órgão da Administração Superior do Ministério Público com atribuição legal para tanto - o Conselho. Ao propor a ação civil, o órgão do MP designado o fará na qualidade de *longa manus* do Conselho Superior (de quem partiu a decisão), e não do procurador-geral (incumbido apenas da designação)."⁵³

Todo arquivamento deve ser expresso e fundamentado (art. 9º, *caput*, *fine*, da Lei n. 7.347/1985). É possível, porém, imaginar situações de *arquivamento implícito do inquérito civil*.

O arquivamento implícito do inquérito civil pode ocorrer com a superveniência de compromisso de ajustamento de conduta, que teria o efeito de encerrar o inquérito. Para evitar que isso aconteça, exige-se que o compromisso de ajustamento também seja submetido à apreciação do Conselho Superior. Na verdade, não tendo gerado a instauração da ação coletiva, o inquérito civil deve ele ser remetido à instância superior do Ministério Público para reexame.

Hugo Nigro Mazzili traz outras duas possibilidades de ocorrência de arquivamento implícito:

que, no caso do Ministério Público do Trabalho, cabe ao Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho a função, como prescreve a Lei Complementar 75/93 (LOMPTU - Lei Orgânica do Ministério Público da União). Sobre o MPT, a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite é esclarecedora: "somente no caso de arquivamento por inexistência de fundamento para a propositura de ACP é que o órgão do MPT está obrigado a remeter os autos ou as peças de informativas ao CSMP, mediante relatório fundamentado. A razão ontológica desse procedimento, segundo nos parece, repousa na segurança conferida ao órgão, que fique imune às pressões externas, e a toda a sociedade, por possibilitar um maior controle dos atos praticados pelos órgãos estatais. Caso haja arquivamento do IC em função de ajuizamento de ACP ou celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta, não há previsão legal de remessa ao CSMP, mesmo porque, nesses casos, há de ser observado o princípio da independência funcional do órgão que promoveu o arquivamento." (Ministério Público do Trabalho, 3ª ed. LTr: São Paulo, 2006, p. 287).

53. SOUZA, Motaurl Clocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118.

"Mas pode ocorrer - e a cotio tem ocorrido - que o arquivamento não seja fundamentado, ou que não seja suficientemente fundamentado. Por falhas ou descuidos, isso se pode dar especialmente quando: a) haja vários atos ilícitos, em tese, e o Promotor de Justiça só enfrente expressamente alguns dos atos na promoção do arquivamento; b) haja vários possíveis autores ou responsáveis pelas ilegalidades e o Promotor de Justiça só enfrente expressamente a responsabilidade ou, mas precisamente, a ausência de responsabilidade de alguns deles.

Também pode ocorrer que o Promotor de Justiça não promova o arquivamento do inquérito civil e sim proponha a ação civil pública; contudo restringe os limites objetivos ou subjetivos da lide e nada expõe nem fundamenta em relação a outros possíveis ilícitos ou seus autores, ou, se o faz, não destina suas ponderações ao órgão legalmente encarregado de rever sua decisão de arquivamento, que é o CSMP".⁵⁴

A matéria veio regulada extensamente na Res. n. 23, que, como expressa o art. 130-A, § 2º, I, da CF/88, tem força normativa para os Ministérios Públicos Estaduais e da União.

"art. 10. Esgotadas todas as possibilidades de diligências, o membro do Ministério Público, caso se convença da inexistência de fundamento para a propositura de ação civil pública, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento do inquérito civil ou do procedimento preparatório.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, juntamente com a promoção de arquivamento, deverão ser remetidos ao órgão de revisão competente, no prazo de três dias, contado da comprovação da efetiva cientificação pessoal dos interessados, através de publicação na imprensa oficial ou da lavratura de termo de afixação de aviso no órgão do Ministério Público, quando não localizados os que devem ser cientificados.

§ 2º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do órgão de revisão competente, na forma do seu Regimento Interno.

§ 3º Até a sessão do Conselho Superior do Ministério Público ou da Câmara de Coordenação e Revisão respectiva, para que seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as pessoas legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou do procedimento preparatório.

§ 4º Deixando o órgão de revisão competente de homologar a promoção de arquivamento, tomará uma das seguintes providências:

I - converterá o julgamento em diligência para a realização de atos imprescindíveis à sua decisão, especificando-os e remetendo os autos ao membro do Ministério Público que determinou seu arquivamento, e, no caso de recusa fundamentada, ao órgão competente para designar o membro que irá atuar;

II - deliberará pelo prosseguimento do inquérito civil ou do procedimento preparatório, indicando os fundamentos de fato e de direito de sua decisão, adotando as providências relativas à designação, em qualquer hipótese, de outro membro do Ministério Público para atuação

§ 5º Será pública a sessão do órgão revisor, salvo no caso de haver sido decretado o sigilo.

Art. 11. Não oficiará nos autos do inquérito civil, do procedimento preparatório ou da ação civil pública o órgão responsável pela promoção de arquivamento não homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público ou pela Câmara de Coordenação e Revisão.

(...)

Art. 13. O disposto acerca de arquivamento de inquérito civil ou procedimento preparatório também se aplica à hipótese em que estiver sendo investigado mais de um fato lesivo e a ação civil pública proposta somente se relacionar a um ou a algum deles.

Vale notar, em especial, a possibilidade de *arquivamento liminar* na própria Promotoria de Justiça, na espécie denominada *indeferimento do pedido de instauração de inquérito civil*, nos casos em que ocorra *manifesta impropriedade da instauração*: quer por já ter sido objeto de investigação ou de ação civil pública ou, ainda, se os fatos apresentados já se encontrarem solucionados (perda de objeto); quer por faltar-lhe os requisitos mínimos para identificação do objeto e dos autores do fato, conforme previsto no art. 2º, II, da Res. n. 23 do CNMP, tais como, informações concretas sobre o fato e seu provável autor, com a qualificação mínima que permita sua identificação e localização.

Note-se que a ausência de formalidades não poderá ensejar o arquivamento por si só, por tratar-se de função ministerial indisponível.

A propósito disso, eis o art. 5º da Res. 23/2007 do CNMP:

"Art. 5º Em caso de evidência de que os fatos narrados na representação não configurem lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução ou se o fato já tiver sido objeto de investigação ou de ação civil pública ou se os fatos apresentados já se encontrarem solucionados, o membro do Ministério Público, no prazo máximo de trinta dias, indeferirá o pedido de instauração de inquérito civil, em decisão fundamentada, da qual se dará ciência pessoal ao representante e ao representado.

§ 1º Do indeferimento caberá recurso administrativo, com as respectivas razões, no prazo de dez dias.

§ 2º As razões de recurso serão protocoladas junto ao órgão que indeferiu o pedido, devendo ser remetidas, caso não haja reconsideração, no prazo de três dias, juntamente com a representação e com a decisão impugnada, ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão respectiva para apreciação.

§ 3º Do recurso serão notificados os interessados para, querendo, oferecer contrarrazões.

§ 4º Expirado o prazo do artigo 5º, § 1º, desta Resolução, os autos serão arquivados na própria origem, registrando-se no sistema respectivo, mesmo sem manifestação do representante.

§ 5º Na hipótese de atribuição originária do Procurador-Geral, caberá pedido de reconsideração no prazo e na forma do parágrafo primeiro.

13. REABERTURA DO INQUÉRITO E REAPRECIAÇÃO DE PROVAS

Como bem sistematizou Hugo Nigro Mazzili, há duas correntes sobre o tema da reabertura do inquérito e reapreciação das provas: a) só é possível reabrir o inquérito civil com base em novas provas (em analogia com o art. 19 do Código de Processo Penal); b) é possível a reabertura, independentemente de obtenção de novas provas, pois não haveria previsão legal naquele primeiro sentido.⁵⁵ A Lei Complementar do Ministério Público do Estado de São Paulo (734/93) adota, no art. 111, o primeiro posicionamento.

Parece-nos que não se justifica a restrição feita pela Lei complementar paulista. Neste passo, não convém equiparar o regramento do inquérito policial com o do inquérito civil, em razão das peculiaridades dos direitos coletivos (*lato sensu*). Os argumentos de Hugo Nigro Mazzilli são bastante convincentes:

"A LACP não fez restrições à reabertura do inquérito civil porque: a) diversamente do inquérito policial, que versa sobre o *ius puniendi* do Estado e o *status libertatis* do indivíduo e de cuja ação penal pública o Ministério Público é o único titular privativo, na ação civil pública e no inquérito civil, os interesses em jogo não são do Estado e sim são transindividuais, porque vêm compartilhados por indivíduos lesados; neste campo, longe de ser titular privativo, o Ministério Público é apenas um legitimado concorrente e disjuntivo para a defesa de interesses transindividuais; b) nenhum dos legitimados à ação civil pública ou coletiva está vinculado ao arquivamento do inquérito

55. MAZZILLI, Hugo Nigro. "Pontos controvertidos sobre o Inquérito civil", cit., p. 300.

civil; porque o estaria só o próprio Ministério Público, se a própria lei federal não o quis expressamente?

(...)

A solução contrária violaria a regra geral da LACP, e, o que é pior: a) criaria um pressuposto processual único para o foro paulista, variável para cada um dos demais estados da Federação; b) adviria de uma lei estadual que não poderia restringir o acesso do Ministério Público ao Judiciário, acesso este que lhe foi irrestritamente concedido pela lei federal, ainda mais quando da defesa de interesses transindividuais, que ficariam sem amparo pela Instituição ministerial. E se qualquer legitimado pode o mais, que é propor a ação civil pública, porque um deles não poderia o menos, que é simplesmente reabrir as investigações, com ou sem novas provas.

(...) não pode o legislador estadual violar a teoria do modelo federal (seria o mesmo que cada Estado regulamentar o Inquérito policial de forma diferente, usando como pretexto o fato de ser ele um procedimento e não um processo).⁵⁶

Esse entendimento foi adotado pelo art. 12 da Res. n. 23 do CNMP:

"Art. 12. O desarquivamento do inquérito civil, diante de novas provas ou para investigar fato novo relevante, poderá ocorrer no prazo máximo de seis meses após o arquivamento. Transcorrido esse lapso, será instaurado novo inquérito civil, sem prejuízo das provas já colhidas. Parágrafo único. O desarquivamento de inquérito civil para a investigação de fato novo, não sendo caso de ajuizamento de ação civil pública, implicará novo arquivamento e remessa ao órgão competente, na forma do art. 10, desta Resolução".

14. O INQUÉRITO CIVIL E OS CRIMES RELACIONADOS: FALSO TESTEMUNHO, DEIXAR DE PRESTAR INFORMAÇÕES E DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA

Alguns crimes bem peculiares podem ser cometidos durante o procedimento do inquérito civil.

Quanto à possibilidade de crime de falso testemunho, é fundamental o exame prévio do tipo penal previsto no art. 342 do Código Penal: "Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral".

56. MAZZILLI, Hugo Nigro. "Pontos controvertidos sobre o Inquérito civil", cit., p. 301.

A redação antiga do dispositivo normativo cuidava do chamado "processo policial", que, segundo Nelson Hungria, "não é outra coisa senão o inquérito que incumbe à polícia judiciária...".⁵⁷ Apurou-se a técnica legislativa, pois agora se faz menção ao inquérito policial que, segundo diz a maioria, não se trata de processo, mas, sim, de procedimento administrativo.

A nova redação não explicitou, contudo, a situação do inquérito civil, que, à semelhança do inquérito policial, também possui natureza de procedimento administrativo. Não se deu ao testemunho do inquérito civil, por exemplo, o mesmo tratamento que já se havia conferido ao testemunho do inquérito de comissão parlamentar, que, se falso, dá ensejo, segundo o art. 53 da Lei nº 1.579/1952, a tipificação criminal desta conduta.

Fica a dúvida: em razão da regra de hermenêutica segundo a qual não há, no direito penal, analogia *in malam partem*, será possível enquadrar a conduta (falso testemunho) no tipo normativo do art. 342? Não há referência a procedimento administrativo no mencionado dispositivo, salvo ao inquérito policial. A mudança da legislação se deu em 2001, quando já se encontrava consagrado o inquérito civil. Pela tipicidade estrita, fica difícil o enquadramento.

Se se considerar, contudo, o inquérito civil um processo administrativo (e veja que Ada Pellegrini Grinover assim o considera, classificando-o como processo administrativo não punitivo,⁵⁸ confirmando a tendência de *processualização dos procedimentos*), ao menos em sentido lato, será possível o enquadramento penal (situação em que se desconsideraria a clássica distinção entre processo e procedimento administrativo). Vale ainda aduzir o entendimento de Guilherme Nucci, nos comentários ao art. 342 do CP, que assevera:

"Incluem-se os processos administrativos ou inquéritos substitutivos do policial, por ser esta a finalidade do tipo penal. Assim, abrange a sindicância, que não é apenas um 'procedimento preparatório' do processo administrativo, tendo em vista que através dela, pode-se punir um funcionário público com certos tipos de pena, como a apreensão e a suspensão (art. 270 c/c art. 274, II da Lei 10.261/68)".⁵⁹

57. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 9, p. 477.

58. "O [inquérito administrativo] é utilizado, na maioria das vezes, como sinônimo de processo administrativo, seja punitivo (para indicar, por exemplo, o processo disciplinar), seja não punitivo (como o inquérito policial ou o inquérito civil do MP, anterior ao ajuizamento da ação civil pública da Lei nº 7.347/85)". (GRINOVER, Ada Pellegrini. "Do direito de defesa em inquérito administrativo". *O processo em evolução*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 85).

59. Lei do Estado de São Paulo.

o inquérito produzido pela Comissão Parlamentar de Inquérito e o inquérito civil, presidido pelo Ministério Público".⁶⁰

A legislação processual coletiva prevê uma série de crimes relacionados a condutas que criem embaraço ou prejudiquem as investigações.⁶¹

O tipo geral é previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/1985: "Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) obrigações reajustáveis do tesouro nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo ministério público."

Observe que o tipo penal estabelece que a requisição seja realizada pelo Ministério Público, exigindo que os dados técnicos sejam indispensáveis à propositura da ação.

O STJ já decidiu que: "é imprescindível que a denúncia informe quais informações foram requisitadas, bem como a demonstração da sua imprescindibilidade para a apuração dos fatos em inquérito civil [...] Mera menção ao número de ofícios requisitórios [...] Evidenciada a inépcia da denúncia". (AgRg no REsp 1267349/BA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 03/03/2016).

Há também a possibilidade de incidir o representante em denúncia caluniosa:

"art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente"

O tipo penal estabelece ainda causa de aumento de pena para o agente que se serve de anonimato ou nome suposto.

Para que ocorra o crime é necessário serem preenchidos dois elementos: a) o elemento objetivo - existência de procedimento administrativo

60. NUCCI, Guilherme. *Código Penal comentado*, 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 941.

61. Assim, AÇÃO POPULAR (Lei 4717/1965): "Art. 8º Ficará sujeita à pena de desobediência, salvo motivo justo devidamente comprovado, a autoridade, o administrador ou o dirigente, que deixar de fornecer, no prazo fixado no art. 1º, 5º, ou naquele que tiver sido estipulado pelo juiz (art. 7º, n. 1, letra 'b'), informações e certidão ou fotocópia de documentos necessários à instrução da causa"; DEFICIENTE (Lei 7853/89): "Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa: (...) VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público"; ECA (Lei 8069/1990): "Art. 236 Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei: Pena - detenção de seis meses a dois anos"; IDOSO (Lei 10741/2003): "Art. 109. Impedir ou embaraçar ato do representante do Ministério Público ou de qualquer outro agente fiscalizador: Pena - reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa".

CAPÍTULO 10

Autocomposição nos Direitos Coletivos (Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos)

Sumário • 1. Generalidades. Justiça Multiportas (*Multi-door Justice*) como justiça adequada – 2. Da alternatividade à adequação – 3. Da possibilidade de transação nos processos coletivos e da impossibilidade de renúncia ao direito em que se funda a ação coletiva – 4. O compromisso de ajustamento de conduta: extrajudicial e judicial: 4.1. Generalidades; 4.2. Órgãos públicos legitimados: Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública (legitimados para o compromisso extrajudicial ou judicial) e os demais colegitimados (legitimados para o compromisso judicial); 4.3. A concreção de direitos e deveres a partir dos compromissos de ajustamento de conduta; 4.4. A utilização da produção antecipada de provas como instrumento que estimula a autocomposição – 5. Audiência preliminar de mediação ou conciliação (Art. 334, CPC) – 6. Negócios jurídicos processuais coletivos – 7. A autocomposição em ação de improbidade administrativa: 7.1. A revogação do Art. 17, § 1º, Lei n. 8.429/1992. A necessária interpretação histórica. A colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos processuais atípicos no processo de improbidade administrativa; 7.2. A autocomposição e o pedido de ressarcimento ao erário – 8. Controle da autocomposição pelo juiz. O dever de controle do mérito do acordo e da legitimação adequada – 9. Limites à autocomposição nos processos coletivos – 10. Outras ponderações contra o acordo judicial: fiscalização do desequilíbrio econômico e de informações entre as partes – 11. O princípio da primazia do julgamento de mérito, tutela integral do direito, disparidade econômica e a necessidade de produção de prova adequada para a conciliação ou mediação: coisa julgada *rebus sic stantibus* – 12. A possibilidade de impugnação pelos colegitimados por meio do recurso de terceiro interessado e outras ações de impugnação autônomas.

1. GENERALIDADES. JUSTIÇA MULTIPORTAS (MULTI-DOOR JUSTICE) COMO JUSTIÇA ADEQUADA

O processo civil está passando por uma radical transformação.

A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas.¹

Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio, extrema ratio*.² A ideia de adequar o acesso à justiça aos direitos é defendida internacionalmente. A justiça não estatal não é apenas alternativa, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada. O princípio que faculta essa possibilidade é justamente o princípio da adequação. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo.

A doutrina reafirma esta mudança, que significa, além da necessidade de adequação da justiça, a emergência da atipicidade dos meios de solução de conflitos: "o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais [...] Agora, o direito de acesso aos tribunais é um direito de retaguarda, sendo seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros".³

A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da

justiça estatal imperativa, com a aplicação do Direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos.⁴

2. DA ALTERNATIVIDADE À ADEQUAÇÃO

O que importa atualmente, como visto, não é mais o selo da "alternatividade", de todo duvidosa, apostado à conciliação ou à mediação.

Primeiramente, é preciso respeitar a escolha dos interessados e garantir que ela seja feita em igualdade de condições (princípios da autonomia da vontade e da decisão informada, previstos no art. 166 do CPC).

Depois, é preciso considerar a "adequação" do meio – e a sua "alternatividade".⁵ Aos olhos do CPC não há superioridade da justiça estatal em relação aos demais meios de solução de controvérsias.

Como afirmou a doutrina: "a única relação que, num Estado de Direito pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos adequados de resolução desses conflitos. Esta observação não é inconsequente pois ela repercute efeitos sobre a compatibilidade constitucional de soluções que impliquem a criação de entraves processuais ou desvantagens patrimoniais no acesso aos tribunais".⁶

1. A experiência da *Multi-door Courthouse* foi sugerida em 1976 por Frank Sander, Professor Emérito da Harvard Law School, cf. SANDERS, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub., 1979, já citado por VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, Vol. 251, ano 41, p. 391-426. São Paulo: Ed RT, jan. 2016. Vale lembrar, como fez Eduardo Oteiza, que a origem do discurso norte americano sobre os meios alternativos para solução dos problemas judiciais já se encontrava em POUND, Roscoe. *The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*. <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>, acesso em 22.03.2016, apresentado na Annual Convention of the American Bar Association, em 1906. Cf., OTEIZA, *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano*, Item 3. Sobre a influência da cultura no processo, em especial no que diz respeito aos sistemas de resolução de conflitos afirma a doutrina: "sistemas de resolução de disputas não existem na natureza – eles são criados pelo ser humano e possuem especificidade cultural [...] o processo é uma das mais importantes instituições através das quais a construção da vida social se opera." CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada*. Trad.: Sérgio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 191.
2. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum*. Volume 2. São Paulo: RT, 2015, p. 173; ANDREWS, Neil. In: VARRANO, Vincenzo (a cura di). *L'Altra Giustizia: I Metodi di Soluzioni delle Controversie nel Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 17/18. O caráter residual da justiça comum é comprovado pela experiência dos Estados Unidos e da Inglaterra. Citado por Andrews, os *Practice Directions – Protocols* afirmam "o processo jurisdicional deve ser a *extrema ratio*, e (...) as demandas judiciais não devem ser promovidas prematuramente, quando é ainda provável uma transação".
3. COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 19/21. Sobre o princípio da atipicidade, idem, p. 24, sem grifos no original.

4. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. Trad. Hermes Zanetti Jr. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Hermes Zanetti Jr. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 183-200.
5. O CPC trata a adequação e a flexibilidade dos procedimentos como uma das suas premissas para atingir o objetivo da tutela adequada e efetiva. Ao contrário do CPC-1973, no qual o processo e o procedimento eram considerados normas de ordem pública, de caráter cogente e inderrogável pelas partes e pelo juiz, o que acarretava uma série de nulidades absolutas por inversão ou alteração procedimental, o CPC atual permite às partes e ao juiz estabelecerem o procedimento que mais se ajusta à solução do litígio, sendo controlada a escolha pela sua capacidade de prover na adequada solução, critério material de adequação ao direito tutelado, e não por um critério formal de adequação. Na doutrina, defendendo o princípio da adequação e apontando inclusive algumas das principais críticas ao sistema multiportas, em especial, as dificuldades culturais dos operadores brasileiros, a necessidade de qualificar e preparar os profissionais para o exercício da mediação e da conciliação, a criação de centros para as sessões de mediação e audiências de conciliação, etc., cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, vol. 195, ano 36, p. 187-200. São Paulo: RT, maio, 2011; NETO, João Luiz Lessa. O novo CPC adotou o modelo multiportas? E agora? *Revista de Processo*, vol. 244, ano 40, p. 427-441. São Paulo: RT, jun. 2015.
6. COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, p. 35.

Esse movimento ocorreu no âmbito da tutela dos direitos individuais; assim, pergunta-se: podemos negar este processo de evolução dos mecanismos de prestação jurisdicional na justiça coletiva? No processo coletivo não é nem poderia ser diferente. Embora cuide de direitos indisponíveis, cabe autocomposição em causas coletivas, não há dúvida.

Recentemente, como veremos a seguir, alterações legislativas no Direito brasileiro reforçaram a previsão já existente na ação civil pública, que era a regra geral na matéria (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/1985).

3. DA POSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS E DA IMPOSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO COLETIVA

Não é possível haver renúncia ao direito sobre o que se funda a ação coletiva, que não é de titularidade do legitimado extraordinário coletivo, mas do grupo; é possível, porém, cogitar o reconhecimento da procedência do pedido, por se tratar de benefício para o grupo – salvo em casos de situações jurídicas coletivas passivas, em que a tônica da indisponibilidade se mantém, pois situações jurídicas coletivas estarão no polo passivo do processo.

Em razão disso, não se pode negar que hoje, no Brasil, a espécie mais comum de autocomposição no processo coletivo é a transação, não obstante a regra do art. 841 do Código Civil.⁷

Veja, inclusive, que, no caso de processo duplamente coletivo, somente será admissível a transação como meio de autocomposição. Pois há grupos em ambos os polos, representados por substitutos processuais.

Assim, o que determina ou não a possibilidade de renúncia do direito é o fato de ele se tratar de um direito do grupo ou de um direito individual. Os direitos do grupo são tutelados em juízo pelos colegitimados, sendo indisponíveis para os colegitimados, daí não se admitir a sua renúncia – os colegitimados não possuem legitimação extraordinária material.

Porém, por se tratar de legitimado por substituição processual, a transação terá limites mais rigorosos, por não serem eles os próprios titulares do direito que veiculam a ação.⁸

7. Art. 841 do Código Civil: "Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação".

8. Compreendeu o ponto GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 350/351.

Com estas observações podemos afirmar que é possível aplicar, então, por analogia, o regramento da transação aos chamados direitos coletivos (*lato sensu*), basicamente, mas não só, pelas seguintes razões, enumeradas pela doutrina: a) no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos direitos coletivos, não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar, especialmente se a transação se mostrar o meio mais adequado; b) a indisponibilidade não será afetada, na medida em que visa, com a transação, a sua maior efetivação;⁹ c) a efetivação dos direitos exige sua concretização.¹⁰

4. O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL

4.1. Generalidades

A Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985)¹¹, modificada pelo Código de Defesa do Consumidor, instituiu o chamado compromisso de ajustamento de conduta, negócio jurídico extrajudicial com força de título executivo, celebrado por escrito entre os órgãos públicos legitimados à proteção dos interesses tutelados pela lei e os futuros réus dessas respectivas ações.

Trata-se de modalidade específica de transação, para uns, ou de verdadeiro negócio jurídico, para outros.¹² Quer se adote esta ou aquela

9. PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. "Transação no curso da ação civil pública". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, nº 16, p. 124-5. Como afirma Ana Luiza Nery: "a indisponibilidade dos direitos não é conceito absoluto, e sim relativo, permitindo que direitos transindividuais possam ser objeto de transação pelos legitimados para sua defesa". (NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 151.) E arremata: "a negociação da melhor solução por meio do ajustamento é apenas o meio mais rápido e distante de demandas improficuas e perenizadas, muitas vezes com resultados inferiores, o que semela uma justiça desmoralizada". (ob. cit., p. 155).

10. O tema é debatido há muito tempo pela doutrina que lida com a metodologia jurídica, com a teoria do direito e com o direito constitucional, mas basta, aqui, para reforçar esta imperatividade da tutela dos direitos, em especial dos direitos complexos, citar os trabalhos de Alexandre GravonSKI. Cf. GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2011, esp. p. 116-184; GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 333/362, esp. p. 352 (DIDIER JR., Fredie. *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8).

11. § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985: "Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

12. Sobre o assunto, entendendo tratar-se de negócio jurídico bilateral, RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 97-240; NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit. p. 156.

concepção, o certo é que se trata de modalidade de acordo, com nítida finalidade conciliatória.

A autocomposição é alcançada no mais das vezes pela negociação direta¹³ entre o órgão público e o possível réu de ação coletiva.

A partir dos Pactos Republicanos pela justiça, frutos de uma estratégia internacional para a América Latina,¹⁴ uma série de medidas foram adotadas no Brasil para disciplinar a transação, inclusive nos processos coletivos.

A Resolução n. 02 de 21.06.2011, medida conjunta dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, determina a criação de um cadastro nacional com informações sobre ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público. A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e a Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público tratam da mediação, conciliação, negociação e outras formas de conciliação.

Pelo compromisso de ajustamento de conduta, não se pode dispensar a satisfação do direito transindividual ofendido; não cabe a renúncia, mas, tão somente, a regulação do modo como se deverá proceder à reparação dos prejuízos, a concretizar dos elementos normativos para a efetivação do direito coletivo.¹⁵

Isso não quer dizer que o "espaço de negociação" seja pequeno. Como afirma Ana Luíza de Andrade Nery, "o espaço transacional possível no compromisso de ajustamento de conduta não se refere a aspectos meramente formais do negócio (...). As partes poderão entabular, no compromisso, direitos e obrigações para ambas as partes, que lhe confirmam caráter de máxima eficiência para os fins pretendidos pelos celebrantes. Assim, poderão ser previstas obrigações a serem cumpridas tanto pelo particular como pela entidade pública que celebra o ajustamento"¹⁶.

13. Sobre a negociação direta conferir: CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): "mediação sem mediador". In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 709-726.

14. OTEIZA, Eduardo. *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latino americano. Texto de la conferencia dictada en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París 1, Sorbonne, 21/25-9-2005*, www.academia.edu, acesso em 10.03.2016.

15. "De conseguinte, o compromisso tem que ser um meio através do qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica" (RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 175).

16. NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 198.

A lição é correta e importantíssima. A autora dá excelente exemplo: imagine-se que, no compromisso, se ajuste um tempo maior para que o particular se adapte à exigência legal; nesse caso, se o ente público ajuizar ação civil pública, violando a cláusula em que se comprometia a esperar a adequação do particular, "evidentemente o ajuste será o fundamento da defesa judicial a ser apresentada pelo particular, que alegará, ainda, a violação ao dever legal de boa-fé, incidindo na conduta proibitiva do *venire contra factum proprium* por parte da Administração Pública"¹⁷. Rigorosamente, nem há necessidade de alegar o *venire contra factum proprium*; a situação é mais simples: trata-se de inadimplemento do compromisso.

Enfim, o compromisso de ajustamento de conduta não pode ser compreendido como mera anuência, submissão ou concordância plena pelo administrado aos termos propostos pelo legitimado coletivo¹⁸.

A partir da previsão normativa que autoriza o ajustamento extrajudicial da conduta, as partes litigantes podem firmar acordos em demandas coletivas, de modo que se ponha fim ao processo com resolução do mérito (art. 487, III, "b", CPC).¹⁹

Sobre o assunto, com precisão, Geisa de Assis Rodrigues, comparando a autocomposição judicial, nestas situações, com o compromisso de ajustamento de conduta previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985:

"A conciliação judicial tem as mesmas limitações que o compromisso de ajuste de conduta. (...) Portanto, é cabível falar em ajuste de conduta judicial e extrajudicial, posto que mesmo se tratando de questão posta em juízo não há possibilidade de transigir sobre o objeto do direito, apenas sendo admissível a definição de prazos, condições, lugar e forma de cumprimento, ainda que se utilize o termo de transação."²⁰

Geisa Rodrigues aponta as distinções entre o ajustamento de conduta judicial e o extrajudicial: a) a legitimidade para o ajuste judicial é mais ampla do que o extrajudicial, restrito aos órgãos públicos;²¹ b) as implicações processuais que surgem do acordo judicial (extinção, com consequente

17. NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 198-199.

18. NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 142-143.

19. Sobre a possibilidade de acordo em demandas coletivas, apenas para ilustrar: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, p. 225-38; PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. "A transação no curso da ação civil pública". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1995, nº 16, p. 116-128.

20. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 234.

21. Discorda, no particular, José Marcelo Vigliar, para quem há também limitação da legitimidade aos órgãos públicos para a conciliação judicial (*Ação civil pública*, p. 90). Não vemos como possa virar essa limitação, já que judicialmente haverá, no mínimo, a participação do Ministério Público como custos legis.

produção da coisa julgada, ou suspensão do feito até o efetivo cumprimento do ajuste), estranhas ao extrajudicial; c) a formação, pelo acordo judicial, de título executivo judicial, enquanto o outro é extrajudicial.²² De todo modo, o compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial pode ser levado à homologação judicial (art. 515, III, CPC)²³

É importante, registrar, que a legitimidade para a celebração do acordo (judicial ou extrajudicial) se submete às mesmas exigências de "representatividade adequada" para a caracterização da legitimidade *ad causam*²⁴. Além disto, está submetida ao mesmo controle judicial de adequação em razão do objeto, além da possibilidade de impugnação, como se verá adiante.

Há julgado que esclarece muito bem a importância de permitir a transação em direitos difusos relacionados ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, desde que controlada pelo juízo e pela presença do interesse público primário e não só e exclusivamente pelo Ministério Público (STJ, 2ª T., REsp nº 299.400/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 01.06.2006, publicado no DJ de 02.08.2006, p. 229), cuja ementa se transcreve e cujo conteúdo deve ser lido pelo estudioso, em razão da bela polêmica travada:

"PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL - AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra."

Assim, em casos especiais, a regra geral pode ceder à realidade e, mediante controle do juiz e do Ministério Público, ser possível transacionar para atender a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, de forma a propiciar o "equivalente" à efetivação da tutela específica,²⁵ bem como, a tutela que tenha por objeto a prestação pecuniária.

22. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública*, p. 332-6.

23. NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 277.

24. NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 201-202.

25. Questão preocupante nos acordos em causas coletivas diz respeito à eficácia *erga omnes* da coisa julgada surgida com a homologação judicial do acordo. Como se sabe, o regime de produção da coisa julgada nas demandas coletivas é distinto do regramento comum; a eficácia subjetiva da coisa julgada é um dos pontos distintivos determinantes. Assim, havendo homologação de acordo judicial em causa coletiva, haverá produção da coisa julgada *erga omnes*, impedindo a repropósito da demanda por qualquer dos colegitimados, inclusive por aqueles que não participaram da celebração do negócio jurídico. O acordo firmado não produz efeitos apenas em relação aos acordantes, pois o seu

4.2. Órgãos públicos legitimados: Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública (legitimados para o compromisso extrajudicial ou judicial) e os demais colegitimados (legitimados para o compromisso judicial)

O § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, determina que qualquer dos órgãos públicos legitimados poderá tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta "às exigências legais". O Conselho Nacional do Ministério Público acrescentou, ainda, que o compromisso deve atender às "exigências normativas" (designação mais aberta e adequada) e pode servir à compensação ou à indenização no caso de danos em que não for possível a tutela específica (art. 14 da Res. nº 23 do CNMP).

Há três observações iniciais que precisam ser feitas: 1) apenas os órgãos públicos poderão firmar o compromisso de ajustamento de conduta; 2) o Ministério Público não é o único órgão público que poderá firmá-lo; 3) não há disponibilidade sobre o objeto, sendo que o compromisso deverá estar estritamente vinculado às exigências normativas, incluindo os precedentes, e aos padrões da Dogmática Jurídica.

Não se pode esquecer que o art. 784, IV, CPC, reconheceu o caráter de título executivo extrajudicial também às transações referendadas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores (válido para os processos coletivos apenas em se tratando de direitos disponíveis) ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.

A Defensoria Pública pode celebrar compromisso de ajustamento de conduta, já que é um "órgão público" (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/1985).

Por outro lado, não há nenhuma limitação quanto aos colegitimados em se tratando de transação efetuada em juízo²⁶. Uma especial razão para

objeto é direito transindividual. Essas circunstâncias fazem com que admitamos a possibilidade de o terceiro colegitimado ingressar com um recurso, com vistas a questionar a homologação do acordo, postulando, assim, o prosseguimento do feito em direção à heterocomposição. Caso não se permita essa impugnação recursal do terceiro, estará sendo vedado o acesso do colegitimado ao Judiciário, pois, com a coisa julgada, nenhum juízo poderá reapreciar a causa - esse ponto também é fundamental, pois, nos litígios individuais, a coisa julgada surgida da homologação da transação não afeta o terceiro. Só lhe restaria a ação rescisória. Concordamos, pois, com as conclusões de Geisa de Assis Rodrigues: "A discordância dos demais colegitimados deve ser feita através da utilização dos mecanismos de revisão da decisão judicial, ou seja: recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação, dependendo do caso concreto. A decisão homologando o ajuste formulado em juízo é uma decisão de mérito, e portanto, poderá ser acobertada pela intangibilidade *panprocessual* da coisa julgada material" (*Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 237; também admitindo o questionamento do acordo pelo colegitimado, VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*, p. 90).

26. Quanto ao acordo coletivo pelos entes privados, vale conferir, GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 418-432.

isto é a presença, em todas as ações coletivas, do Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico; outra razão é a presença do juiz, como fiscal do acordo a ser homologado.

4.3. A concreção de direitos e deveres a partir dos compromissos de ajustamento de conduta

Há, ainda, a possibilidade de concreção de direitos a partir do compromisso firmado.

O dogma da vinculação estrita do Direito à lei cede espaço à noção contemporânea de juridicidade, ou seja, a ideia de vinculação dos aplicadores do direito ao sentido da norma constitucional e infraconstitucional em conformidade à unidade narrativa da Constituição.²⁷ Daí o importante acréscimo, mencionado acima, feito pelo CNMP na Resolução n. 23.

No atual estado do nosso ordenamento jurídico, na presença de normas porosas, de tessitura aberta, na forma de pautas carentes de preenchimento, tais como os conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais (enunciados normativos) e os princípios (norma jurídica), é natural que existam graus de interesse público e uma disponibilidade motivada daí decorrente na determinação dos deveres descritos nas normas jurídicas. Além disto, a maior participação dos grupos poderá influenciar na concretização da norma (e.g. audiências públicas e *amicus curiae*, não por acaso ambos previstos no CPC).²⁸

No compromisso de ajustamento de conduta, deve o órgão legitimado a celebrá-lo proceder a uma aplicação não jurisdicional do princípio da

27. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 15, nota 1.

28. A relação entre a participação democrática no processo, contraditório, as audiências públicas e o *amicus curiae* está marcada claramente nos enunciados do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): "IV FPPC-BH Enunciado nº 250 - (art. 138; art. 15). Admite-se a intervenção do *amicus curiae* nas causas trabalhistas, na forma do art. 138, sempre que o juiz ou relator vislumbrar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia, a fim de obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate e, portanto, mais democrática. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho)"; "V FPPC-Vitória Enunciado nº 460. (arts. 927, § 1º, 138) O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)"; "V FPPC-Vitória Enunciado nº 393. (arts. 138, 926, § 1º, e 927, § 2º) É cabível a intervenção de *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula pelos tribunais. (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros)"; "IV FPPC-BH Enunciado nº 175 - (art. 927, § 2º) O relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas. (Grupo: Precedentes)."

unidade narrativa da Constituição; assim, se devem evitar compromissos que não atendam à finalidade do ordenamento jurídico.

Note, contudo, que ao firmar um compromisso de ajustamento de conduta, mesmo quando a lei não tenha previsto o regramento específico para o caso, o órgão legitimado não tem o poder de dispor do direito material coletivo; por isso, o órgão vincula-se aos precedentes nos casos análogos e aos detalhes próprios do caso concreto e aos padrões da Dogmática Jurídica, para concretizar o direito coletivo. Isto porque, nos modelos abertos de aplicação do direito, a Dogmática se amplia para além da lei, incluindo os precedentes e o trabalho da doutrina em uma compreensão hermenêutica do problema jurídico enfrentado.²⁹

Por esta razão, acertada a ampliação do texto do art. 14 da Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público, para incluir, na definição do "ajustamento da conduta", além das exigências legais, outras exigências normativas, incluindo-se as resoluções e decretos, bem como a interpretação dada pelos órgãos competentes às cláusulas gerais de tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Art. 14 da Res. nº 23 do CNMP: "O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados".

É fundamental repisar o que se tem dito alhures: é preciso compreender que o Direito não se resume à lei. A passagem "da lei para o ordenamento jurídico" também ocorreu no CPC/2015. Basta observar que o CPC, nos arts. 8º, 140 e 178, não fala mais em lei, aplicação da lei, ou em fiscal da lei, como referia o CPC/1973 (art. 5º do LINDB e arts. 126 82 do CPC/1973); mas, em todos os casos, seja na interpretação do direito (art. 8º), seja na aplicação (art. 140), seja na atuação do Ministério Público como interveniente, o legislador processual contemporâneo refere ao "ordenamento jurídico".

Esta mudança não é pequena nem se deu por acaso; ela segue a linha da constitucionalização do processo, pois, já no art. 1º, o CPC afirma que será interpretado e aplicado segundo os valores e normas previstos na Constituição.

29. ZANETTI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. São Paulo: Atlas, 2014; ZANETTI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

4.4. A utilização da produção antecipada de provas como instrumento que estimula a autocomposição

No capítulo sobre inquérito civil, vimos que a produção antecipada de provas foi reconstruída, de modo a servir como importante instrumento para a obtenção de autocomposição (art. 381, II e III, CPC). Remetemos o leitor ao quanto lá foi dito.

5. AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE MEDIAÇÃO OU CONCILIAÇÃO (ART. 334, CPC)

Uma das marcas do CPC-2015 é o estímulo à autocomposição.

Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC: "§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

Uma das técnicas de estímulo à autocomposição é a designação de uma audiência obrigatória de mediação ou conciliação, antes do oferecimento da resposta pelo réu (art. 334 do CPC). Trata-se de uma importante alteração no procedimento comum promovida pelo CPC-2015³⁰.

Surge, então, a seguinte questão: o art. 334 do CPC aplica-se no procedimento da ação civil pública? Ou seja: agora, na ação civil pública, o réu deve ser citado para comparecer à audiência, antes de apresentar a resposta?

A resposta é positiva.

Há várias razões.

Em primeiro lugar, a especialidade do procedimento da ação civil pública, em relação ao procedimento ordinário do CPC-1973, residia em basicamente dois pontos: a) possibilidade de tutela provisória satisfativa liminar (art. 12 da Lei n. 7.347/1985), que não existia, em 1985, ano da

30. Vale destacar que, nas ações coletivas consumeristas Italianas, também existe previsão legal similar: "Before the commencement of the judicial proceeding the parties can attempt to reach an out-of-court settlement according to the conciliation procedures set up by various entities, including the Chambers of Commerce. If a settlement is arrived at, it is made enforceable by a court order. The fact that an attempt at conciliation is provided for is interesting, since it is in line with a trend followed by the administration of Italian civil justice more and more frequently, that is, the reliance on facilitative ADRs, such as conciliation and mediation, as a way out of the problems with an overloaded judicial system" (SILVESTRI, Elisabetta. *Class actions in Italy*. In: HARSÁGI, Viktória; VAN RHEE, C. H. (eds.). *Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 200).

edição da lei de ação civil pública, no procedimento ordinário do CPC-1973 - essa possibilidade somente veio a existir com a nova redação do art. 273 do CPC-1973, feita em 1994; b) a apelação contra sentença não ter efeito suspensivo automático.

A sequência dos atos do procedimento da ação civil pública é a mesma do procedimento comum, portanto. Alterado o procedimento comum, altera-se o procedimento da ação civil pública, mantida eventual peculiaridade.

O pensamento estende-se à ação popular, pelas mesmas razões. Não se estende ao mandado de segurança coletivo, cujo procedimento é essencialmente diferente do procedimento comum - o que não impede que haja autocomposição, apenas não há a obrigatoriedade de realização dessa audiência preliminar, justamente por se tratar de procedimento especial de caráter documental.

Em segundo lugar, não há proibição de autocomposição em causas coletivas, como visto. Ao contrário, a solução dos conflitos coletivos mediante o termo de ajustamento de conduta judicial ou extrajudicial é valorizada e incentivada.

Em terceiro lugar, não há qualquer razão que justifique a exclusão dos processos coletivos da política nacional de estímulo à solução negociada dos conflitos, imposta pelos §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC.

Os argumentos de cunho doutrinário ligados à indisponibilidade do direito, à forte presença de interesse público e a ausência de participação dos grupos na tomada de decisão já foram enfrentados acima, mas cabe repisar que em nenhum caso se afasta a autocomposição como regra, apenas é exigível que ela seja adequada para a tutela dos direitos. Como vimos, muitas vezes ela é a forma mais adequada de tutela.

Em quarto lugar, em hipótese em que disciplina expressamente um processo coletivo, o CPC impõe a realização da audiência preliminar de mediação e conciliação, antes mesmo da análise do pedido de tutela provisória - ações possessórias contra uma coletividade, reguladas pelo art. 565 do CPC. Trata-se de verdadeiro paradigma normativo de estímulo à solução consensual de conflitos coletivos: a) para todos os tipos de conflito, impondo a audiência de tentativa de autocomposição; b) para os conflitos coletivos passivos, impondo essa audiência, como audiência prévia de justificação, antes mesmo do exame do pedido de tutela provisória. É importante notar que nos conflitos de terra muitas vezes há conflito entre direitos fundamentais que devem ser preservados na máxima medida possível e justamente por isto reforçamos que a autocomposição é viável e adequada nestes casos.

Em quinto lugar, o parágrafo único do art. 33 da Lei n. 13.140/2015 expressamente determina que a "Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, *procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos*". A prestação de serviços públicos é matéria de direito administrativo, interesse público, mas, na vida real, existem graus de satisfação que podem ser atendidos e implementados, logo a autocomposição, além de evitar processos intermináveis, resulta em menor resistência das partes no atendimento da medida acertada, garantindo mais efetividade.

Assim, somente não seria determinada a audiência de mediação e conciliação, prevista no art. 334 do CPC, no processo da ação civil pública, quando autor e réu do processo coletivo disserem expressamente que não pretendem resolver por autocomposição (art. 334, § 4º, I, CPC).

Se o legitimado coletivo for um ente público (inclusive Ministério Público e Defensoria Pública), a recusa à autocomposição deve ser motivada. Isso porque, de acordo com o § 3º do art. 3º do CPC, os entes públicos têm o dever funcional de estimular a autocomposição. No caso do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Âmbito do Ministério Público, na Resolução n. 118/2014, da qual também decorre a exigência desse tipo de comportamento.

6. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COLETIVOS

O art. 190 do CPC é uma cláusula geral de negociação processual. Com base nele, é possível a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.³¹

Neste momento, cabe abordar o seguinte ponto: admite-se a celebração de negócios processuais atípicos em processos coletivos?

Sim, sem dúvida.

Não se deve afastar a possibilidade de negócios processuais coletivos³²⁻³³. Basta pensar em um acordo coletivo trabalhista, em que os

31. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 1, p. 384-399.

32. Enunciado n. 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "É admissível a celebração de convenção processual coletiva". Certamente, será muito frequente a inserção de convenções processuais em convenções coletivas de trabalho ou de consumo, por exemplo.

33. "(...) alguns exemplos interessantes que constituem objeto dos acordos coletivos processuais na França: (a) as conclusões finais das partes devem anunciar claramente as razões de fato e de direito; (b) comunicação entre tribunal e advogado por via eletrônica; (c) acordo para perícias firmado entre

sindicatos disciplinem aspectos do futuro dissídio coletivo trabalhista. Trata-se de negócio que visa disciplinar futuro processo coletivo, vinculando os grupos envolvidos, titulares do direito.

Alguns exemplos: a) escolha convencional de um perito; b) pacto de disponibilização prévia de documentos; c) pacto de produção antecipada de prova; d) o pacto sobre o dever de financiar o custo da prova; e) criação de hipótese negocial de tutela provisória de evidência (art. 311, CPC) etc.

Para que tais convenções processuais coletivas sejam celebradas, é preciso que haja legitimação negocial coletiva por parte do ente que a celebre. A Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público disciplina a legitimidade do Ministério Público para a celebração de convenções processuais. Aplica-se, aqui, por analogia, também, o regimento das convenções coletivas de trabalho³⁴ e convenções coletivas de consumo (art. 107 do CDC).

7. A AUTOCOMPOSIÇÃO EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

7.1. A revogação do art. 17, § 1º, Lei n. 8.429/1992. A necessária interpretação histórica. A colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos processuais atípicos no processo de improbidade administrativa

O art. 17, § 1º, Lei nº 8.429/1992, proíbe expressamente "transação, acordo ou conciliação" no processo de improbidade administrativa.

Ele foi revogado pela Medida Provisória n. 703/2015. Já não era sem tempo. O dispositivo já estava obsoleto. Infelizmente, a MP 703/2015 caducou em maio de 2016, por não ter sido votada pelo Congresso Nacional.

A proximidade entre a ação penal e a ação de improbidade é evidente e inquestionável, em razão das sanções decorrentes, muito embora os regimes jurídicos sejam distintos, um de direito administrativo (civil em

tribunal, ordem dos advogados e associação de peritos, para regulamentar a produção da prova e uniformizar critérios de fixação de honorários; (d) instituição de comissão mista de estudo para acompanhar processos e estudar as eventuais disfunções e apresentar propostas de alterações". (ANDRADE, Érico. "As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 193, p. 190.) Sobre o assunto, CADIET, Loïc. "Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia", cit., p. 30-35, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014.

34. Surpreendentemente, e sem maiores justificativas, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa n. 39, pela Resolução n. 203/2016, entendendo que o art. 190 do CPC não se aplica ao processo do trabalho, sequer ressaltando a aplicação no processo coletivo trabalhista, no que parece ser uma postura no mínimo equivocada.

sentido amplo), outro de direito penal. A própria estruturação do processo da ação de improbidade administrativa, com uma fase de defesa prévia, semelhantemente ao que acontece no processo penal, é a demonstração cabal do quanto se diz. Há mais garantias ao réu na ação de improbidade por serem as sanções aplicáveis mais graves.

À época da edição da Lei n. 8.429/1992, o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada. Não por acaso, falava-se em indisponibilidade da ação penal e em indisponibilidade do objeto do Processo Penal.

Sucede que, a partir de 1995, com a Lei n. 9.099/1995, instrumentos de justiça penal negociada começaram a ser previstos no Direito brasileiro. Desenvolveram-se técnicas de justiça penal consensual³⁵.

A transação penal (art. 76, Lei n. 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo penal (art. 89, Lei n. 9.099/1995). Em ambos os casos, há negociação que produz consequências no âmbito do Direito Penal material.

O Processo Penal também sofreu transformações, com a ampliação das possibilidades de negociação entre autor e réu. A "colaboração premiada", negócio jurídico material e processual regulamentado na Lei n. 12.850/2013, é o principal exemplo desse fenômeno. Ao lado da "colaboração premiada" surgem institutos de *compliance* das empresas envolvidas, como é o caso do acordo de leniência (Lei Anticorrupção, Lei n. 12.846/2013).

A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o MP e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção.

A interpretação literal do comando do § 1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 levava uma situação absurda³⁶: seria possível negociar sanções

35. Percebeu o ponto CABRAL, Antonio do Passo. "A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais". *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 545-546.

36. Situação "turbulenta", como anotou CABRAL, Antonio do Passo. "A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais", cit., p. 547.

tidas como mais graves pelo sistema, porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria completamente a diferença entre os contextos históricos da promulgação da lei (1992) e de sua aplicação.

A Lei 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção, embora com âmbito de aplicação distinto (art. 30 da Lei n. 12.846/2013), compõe com a Lei de Improbidade Administrativa um microsistema legal de combate a atos lesivos à Administração Pública. O propósito da lei é regular "responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira" (art. 1º). Os arts. 16-17 dessa lei regulam o chamado "acordo de leniência", negócio jurídico de eficácia complexa. A interseção entre as leis permite que se entenda cabível acordo de leniência como negócio atípico em processo de improbidade administrativa. "A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa".³⁷

A relação entre ambos ficou clara na edição da MP 703/2015. Segundo o texto da Medida Provisória (embora discutível do ponto de vista constitucional, por gerar a revogação de uma norma processual por medida provisória), a celebração dos acordos de leniência impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com ações coletivas anticorrupção, ações de improbidade de improbidade ou outras ações de natureza civil em face das empresas. E mais, havendo participação do Ministério Público, o acordo impedirá o ajuizamento e o prosseguimento de ações ajuizadas por qualquer legitimado (art. 16, §§ 11 e 12, Lei n. 12.846/2013). A MP 703/2015, porém, caducou, em 30.05.2016, por não ter sido examinada pelo Congresso Nacional.

Mas há ainda um argumento dogmático mais simples para defender a revogação do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade. O §4º do art. 36 da Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação) expressamente admite a autocomposição em ação de improbidade administrativa: "§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator".

37. CABRAL, Antonio do Passo. "A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais", cit., p. 547.

Finalmente, como já defendíamos anteriormente, na dimensão ressarcitória/ desconstitutiva da ação de improbidade, que é idêntica a qualquer ação civil pública ou ação popular, a autocomposição não apresenta qualquer problema. Especialmente se considerarmos que o CPC apresenta a possibilidade de homologação de autocomposição parcial (art. 354, par. ún., CPC).

Assim, podemos chegar a algumas conclusões: a) admitem-se a colaboração premiada³⁸ e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c o art. 4º da Lei 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei n. 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal, observados, sempre, por analogia, os limites de negociação ali previstos; c) admitem-se os acordos parciais, sendo considerados parcela incontroversa; d) admite-se a "colaboração premiada" em processos de improbidade administrativa, respeitados os limites e critérios da lei de regência.

7.2. A autocomposição e o pedido de ressarcimento ao erário

Mesmo ao tempo de vigência do § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, o dispositivo não se aplicava à parcela do objeto litigioso do processo relativa ao pedido ressarcitório/ desconstitutivo. Nesse caso, a proibição não incidia.

Impedir a autocomposição, nessas situações, seria criar um grande e desnecessário embaraço para a efetividade da tutela coletiva, mormente quando se sabe que, em muitos casos, o prejuízo ao Erário não é de grande monta e o pagamento da indenização em parcelas, por exemplo, acaba por revelar-se uma forma eficaz de adimplemento da dívida.

E ainda havia um argumento dogmático bem forte: o pedido ressarcitório poderia ser veiculado, autonomamente, em processo de ação civil pública, em que o acordo é plenamente possível, conforme já visto. Não se trata de pedido que pressupõe procedimento especial³⁹.

38. Sobre o tema, especificamente, DINO, Nicolao. "A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória". *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (coords.). Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 439-460.

39. Nesse sentido, mais recentemente, NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 201.

8. CONTROLE DA AUTOCOMPOSIÇÃO PELO JUIZ. O DEVER DE CONTROLE DO MÉRITO DO ACORDO E DA LEGITIMAÇÃO ADEQUADA

O juiz poderá controlar, na fase homologatória, o conteúdo da transação sobre o objeto litigioso: deixando de homologá-la, homologando-a parcialmente ou recomendando às partes alterações em determinadas cláusulas.

As partes colegitimadas poderão, portanto, peticionar ao juiz, antes da homologação, caso não tenham participado do acordo, solicitando a intervenção no processo (art. 5º, § 2º, Lei 7.347/1985) e requerendo a não homologação do acordo, sua homologação parcial ou a adaptação de determinadas cláusulas para garantia de sua adequação à tutela dos direitos. O Ministério Público como interveniente obrigatório poderá fazer o mesmo.

Em relação aos negócios processuais, cabe ao órgão julgador o controle da sua validade, nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC.

Nas ações individuais, os acordos não dependem de controle judicial, em regra. Na maior parte dos casos as partes litigam sobre direitos disponíveis, não há necessidade de intervenção do judiciário para assegurar os direitos.

Nos processos coletivos isto é diferente.

Primeiro, há necessidade de tutela do objeto litigioso do processo, presente o interesse público, por se tratar de direitos de natureza coletiva; segundo, há necessidade da participação dos grupos que serão afetados pela decisão e da participação dos colegitimados, pelo menos potencialmente, no âmbito do acordo a ser firmado; terceiro, há a intervenção obrigatória do Ministério Público em todos os processos que tratam dos direitos coletivos em sentido lato.⁴⁰

40. No âmbito das *class actions* norte americanas ocorreu reforma em 2003 para estabelecer uma série de exigências nos acordos (*settlements*) em processos coletivos (*class action litigation*), alterando a Rule 23 das *Federal Rules of Civil Litigation*. A mais importante diz respeito à admissão dos acordos apenas após a aprovação da Corte, portanto, a necessidade de controle judicial destes acordos tanto do ponto de vista do mérito, quanto do ponto de vista do devido processo legal. A Corte deverá garantir a oportunidade de todos que serão vinculados pelo acordo tomem conhecimento desta, mediante a notificação adequada. Como a proposta será vinculante, os membros deverão ser ouvidos e deverá ser verificado se a proposta é justa, razoável e adequada. No caso de litígios envolvendo danos individuais homogêneos (*class actions for damages*) a participação dos envolvidos será ainda mais intensa, permitindo o *opt out*, mesmo que não tenha sido essa a opção anterior ao acordo, permitindo-se igualmente a impugnação por parte dos membros do grupo que somente será desconsiderada por decisão da própria Corte. Assim: "(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members

Existem duas formas de obter um título executivo judicial a partir de uma conciliação em direitos coletivos *lato sensu*.

A primeira é formular o compromisso de ajustamento de conduta em uma ação coletiva judicial já intentada, nos termos do art. 515, II do CPC, pois será título executivo judicial "a decisão homologatória de autocomposição judicial". A segunda, requerer a homologação judicial do compromisso, valendo-se dos permissivos do art. 515, III, que determina ser título executivo judicial "a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza", e do art. 725, VIII, que prevê o procedimento de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial.

A atividade do juiz nestes casos não será, contudo, meramente confirmatória do acordo, em juízo simplista de delibação, no qual se verificam apenas os aspectos formais de representação das partes. O juiz, nestas oportunidades, deverá proceder a um verdadeiro exame de mérito do compromisso, possibilitando até mesmo sua discordância, caso em que não será homologado o acordo⁴¹, cabendo agravo de instrumento contra

*who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval." Cf. KLONOFF, Robert H. *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*. St. Paul: Thomson Reuters, 2012, p. 283 e ss. Observe-se que há grande polêmica atual em relação à arbitragem coletiva, a Suprema Corte tem admitido cláusulas arbitrais que excluem class actions em contratos de consumo ou relações trabalhistas, cf. RESNIK, Judith. Diffusing disputes: the public in the private of arbitration, the private in courts, and the erasure of rights. *The Yale Law Journal*, 124: 2804, file:///C:/Users/hzaneti/Downloads/SSRN-id2601132.pdf, acesso em 24.03.2016.*

41. Na Holanda, existe uma série de requisitos previstos em lei para que o acordo coletivo seja homologado pelo Juiz, inclusive, após ser submetido para análise, o Juiz poderá fazer sugestões de alteração com vistas a uma adequada tutela dos direitos. No Brasil isto também é possível, visto que a homologação pelo juiz também realiza um juízo de controle sobre o conteúdo do acordo. Na Holanda o controle implica possibilidade de o órgão julgador negar a homologação, caso: "a. The agreement does not meet the requirements stipulated in Article 7:907(2); b. The amount of compensation is not reasonable; c. It is insufficient guaranteed that the claims resulting from the agreement can indeed be settled by the party having caused the damage; d. The agreement does not provide for the independent resolution of disputes that may arise from the agreement (e.g. concerning the amount of compensation) other than by the judge who would be competent according to the ordinary rules of jurisdiction; e. The interests of the persons for the benefit of whom the agreement has been concluded are sufficiently protected in a manner other than by way of collective settlement; f. The foundations or associations acting in behalf of these persons are insufficiently representative for the interests at stake; g. The group of persons for whose interest the agreement has been concluded is too small to justify a collective agreement; h. The agreement stipulates that damages will be paid by a legal person that is not a party to the agreement" (VAN RHEE, C. H.; TZANKOVA, Ianka. *Collective Redress in the Netherlands*. In: HARSÁGI, Viktória, VAN RHEE, C. H. (eds.). *Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 218-219.

essa decisão, por interpretação analógica do disposto no inciso III do art. 1.015 do CPC⁴².

Note-se, justamente por isso, que o acordo judicial prescinde de aprovação pelo Conselho Superior do Ministério Público, uma vez que, judicializada a matéria, não há mais risco de arquivamento implícito do inquérito civil, passando o controle do órgão superior do Ministério Público ao juiz da causa. Além disto, este controle é necessário, pois mesmo as partes não públicas, aquelas que não são legitimadas para o compromisso de ajustamento de conduta, na esfera extrajudicial, poderão requerer a homologação de acordo.

Não sendo o Ministério Público o autor do compromisso de ajustamento de conduta, a homologação em juízo dependerá obrigatoriamente da sua oitiva como fiscal da ordem jurídica, decorrência lógica do microsistema do processo coletivo. Se o Ministério Público interfere em todas as ações coletivas, também na homologação judicial de acordo extrajudicial no qual se transacionem direitos coletivos *lato sensu* sua oitiva é obrigatória.

A decisão que não homologa acordo extrajudicial, em ação em que se pede essa homologação (art. 725, VIII, CPC) é sentença e, assim, apelável (art. 724, CPC).

Um dos elementos que deverá ser controlado pelo juiz no momento da homologação do acordo judicial ou extrajudicial será a adequada representação das partes envolvidas, ou seja, a legitimação em concreto dos envolvidos para celebrarem o compromisso de ajustamento de conduta.

Por exemplo, se o acordo versar sobre danos ambientais nos quais se discuta para além da responsabilidade da empresa a responsabilidade do Estado e dos órgãos de fiscalização por omissão ou comissão a representação adequada por parte do Estado pode estar prejudicada, havendo conflito de interesses, pois o acordo pode ser indevidamente antecipado para fins de salvaguardar a responsabilidade do próprio Estado em ações futuras de responsabilidade.

É importante, registrar, que a legitimidade para a celebração do acordo (judicial ou extrajudicial) se submete às mesmas exigências de "representatividade adequada", exigidas no enfrentamento da legitimidade *ad causam*⁴³.

42. DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 3, p. 217.

43. NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 201-202; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo*. 9ª ed. Salvador:

9. LIMITES A AUTOCOMPOSIÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS

A autocomposição não pode ser encarada como panaceia.

Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no Judiciário⁴⁴ ou como técnica de aceleração dos processos a qualquer custo⁴⁵. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos individuais e coletivos.

No caso dos processos coletivos: a) o incentivo, aos grupos e aos co-legitimados, à participação e elaboração da norma jurídica que regulará o caso; b) o respeito à liberdade de conformação das suas situações jurídicas e dos seus interesses, concretizada no direito ao autorregramento;⁴⁶ c) a percepção de que pela participação pode-se chegar a uma justiça mais adequada, célere e duradoura, do ponto de vista coexistencial, em matérias complexas e litígios nos quais o comportamento das partes precisa ser monitorado para além da decisão judicial que põe fim ao processo.

O respeito aos princípios da mediação e da conciliação, em especial a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a oralidade, a informalidade, e a decisão informada, é essencial para obter um resultado justo e equilibrado, que respeite o princípio da adequação.

JusPodivm, 2014, p. 295, vol. 4.

44. Com preocupação semelhante, Flávio Yarshell, que acrescenta: "a conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder Judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como a meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes - direito mais do que legítimo - passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito. Daí a reputar a parte intransigente como litigante de má-fé vai um passo curto. Isso é a negação da garantia constitucional da ação e configura quebra do compromisso assumido pelo Estado de prestar justiça. Esse mesmo Estado proíbe que o cidadão, salvo raras exceções, faça justiça pelas próprias mãos". ("Para pensar a Semana Nacional da Conciliação". *Folha de São Paulo*, 08.12.2009, p. A3)
45. Com o grave risco de celebração de "acordos inexecutáveis e antissociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos "resolvidos" ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional". (NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. "Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos". *Revista Consultor Jurídico*, 31.08.2012)
46. Na doutrina, demonstrando a existência de litígios coletivos globais, locais e de difusão irradiada, cf. VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do novo CPC - Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, p. 49-108 (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8; coordenador geral, Fredie Didier Jr.) Como foi argumentado, não há "uma" sociedade estática, mas diversos interesses em conflito que precisam ter oportunidade de serem levados em consideração nas soluções autocompositivas, característica presente nos processos coletivos e denominada de "conflituosidade interna", que afasta as antigas presunções de "indivisibilidade" como dogma da tutela dos direitos de grupo.

É perigosa e ilícita, com base na disposição expressa do art. 165, § 2º, CPC, a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador, muito embora isto não gere nulidade.

O ideal é que existam profissionais especialmente preparados para exercer esta função, o que não impede que o juiz homologue os acordos realizados pelas partes ou supervisione o processo de mediação ou conciliação.

O princípio da confidencialidade deve ser mitigado em razão do objeto nos processos coletivos, restringindo-se aos sigilos que digam respeito ao segredo industrial, a questões relacionadas à proteção da concorrência ou de outro interesse difuso e às vedações legais à publicidade. A regra é que os acordos devem ser públicos e preferencialmente os grupos atingidos deverão ter acesso prévio ao seu conteúdo.

10. OUTRAS PONDERAÇÕES CONTRA O ACORDO JUDICIAL: FISCALIZAÇÃO DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO E DE INFORMAÇÕES ENTRE AS PARTES

Demais disso, convém sempre ficar atento, em um processo de mediação e conciliação e negociação direta, ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos (disparidade de poder ou de recursos econômicos)⁴⁷. Trata-se de fator que comumente leva um dos sujeitos a celebrar acordo lesivo a seu interesse.

A propósito, eis o que afirma Owen Fiss:

"A disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito. Terceiro, a parte

47. Sobre o tema convém consultar o conhecido ensaio de Owen Fiss: FISS, Owen. "Contra o acordo". *Um novo processo civil*. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trads.). São Paulo: RT, 2004, p. 121 e ss.

mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória.⁴⁸

Parcela desses problemas não ocorre ou pelo menos é mitigada nas ações coletivas brasileiras.

Antes de mais nada no modelo brasileiro ocorre a participação do Ministério Público seja como autor, seja como fiscal do ordenamento jurídico, em defesa dos direitos coletivos.

Em segundo lugar, o magistrado poderá controlar, como vimos, o conteúdo dos acordos no momento da homologação, justamente para impedir que ocorra prejuízo ao interesse dos membros do grupo que não participam do processo, é possível o recurso do colegitimado como terceiro interessado e, além disto, a própria coisa julgada se submete à revisão *secundum eventum probationis* e às alterações dos fatos.

Em terceiro lugar poderá ocorrer, e é salutar que ocorra, a divulgação e publicização do acordo, se possível com audiências públicas e intervenção de *amicus curiae*, para o fim de permitir que os grupos interessados participem da tomada de decisão.

11. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO, TUTELA INTEGRAL DO DIREITO, DISPARIDADE ECONÔMICA E A NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA ADEQUADA PARA A CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO: COISA JULGADA REBUS SIC STANTIBUS

O CPC adotou uma das premissas do processo coletivo consistente na primazia do julgamento de mérito. Esta premissa representa não somente o direito ao julgamento de mérito, mas também, o afastamento de todas as firulas processuais que possam prejudicar a tutela dos direitos.

Dá que nos processos coletivos a inexistência de prova, consistente na locução "salvo por insuficiência de provas", permite ao juiz deixar de julgar o mérito da demanda em vez de aplicar o ônus da prova como regra de julgamento. Da mesma forma, o juiz poderá rever no futuro a decisão de mérito quando as partes apresentem prova nova capaz de por si só alterar o resultado do julgamento.

48. FISS, Owen. "Contra o acordo", cit., p. 125.

Em razão disto, quando o acordo celebrado se basear em prova insuficiente, ele poderá ser revisto, desde que surja nova prova capaz de por si só alterar o resultado do acordo, demonstrando que ocorreu tutela insuficiente do direito por falta de conhecimento das partes envolvidas a respeito da extensão do ilícito ou dano objeto do acordo.

A própria autocomposição em processos coletivos deve ser a mais bem informada possível (art. 166, princípio da decisão informada). Acordo muito precoces, sem as informações necessárias sobre os impactos, a extensão e as consequências do ilícito ou do dano e sem condições de afirmar quais as medidas necessárias ou mais adequadas para sua mitigação e reparação, tendem a ser prejudiciais à tutela dos direitos e devem ser controladas pelo juiz no momento da homologação.

A coisa julgada, caso exista homologação de acordo nestes casos, será *rebus sic stantibus*: sobrevindo circunstância de fato que altere a situação definida na sentença poderá ser reproposta nova ação.

Assim, se, em processo jurisdicional ambiental, o Ministério Público ou outro colegitimado celebrar acordo para instalação de um determinado equipamento para mitigar a poluição de uma indústria e, no curso do tempo, vem a ser descoberto que a tecnologia que fora utilizada está superada, deverá ser celebrado novo acordo ou, caso seja impossível, ajuizada nova ação para proteção integral do bem ambiental, com a atualização tecnológica.

A decisão de homologação anterior pode ser revista, no caso de haver novas provas e novos fatos, capazes de por si só alterar os elementos do acordo homologado.⁴⁹

12. A POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO PELOS COLEGITIMADOS POR MEIO DO RECURSO DE TERCEIRO INTERESSADO E OUTRAS AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO AUTÔNOMAS

Aceita-se, nos planos doutrinário e jurisprudencial, que as partes litigantes firmem acordos em demandas coletivas, de modo a que se ponha fim ao processo com julgamento do mérito (art. 487, III, "b"). O assunto foi tratado longamente neste texto.

49. Ideias defendidas por Marcelo Abella Rodrigues, durante uma conversa informal na UFES, e também encontráveis em ABELLA RODRIGUES, Marcelo. Palestra - O TAC e a Coisa Julgada *Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Planeta Verde, XVIII Congresso de Direito Ambiental (comunicação oral), www.marceloabella.com.br, acesso em 24.03.2015.

Consoante se pôde demonstrar, o regime de produção da coisa julgada nas demandas coletivas é distinto do regramento comum; a eficácia subjetiva da coisa julgada é um dos pontos distintivos determinantes. Assim, havendo homologação de acordo judicial em causa coletiva, haverá produção da coisa julgada *erga omnes*, impedindo a repropositura da demanda por qualquer dos colegitimados, inclusive por aqueles que não participaram da celebração do negócio jurídico. O acordo firmado não produz efeitos apenas em relação aos acordantes, pois o seu objeto é tutelar o direito coletivo, transindividual, de todo o grupo.

Essas circunstâncias fazem com que se admita a possibilidade de o terceiro colegitimado ingressar com um recurso, com vistas a questionar a homologação do acordo, postulando, assim, o prosseguimento do feito em direção à heterocomposição.

Nesse caso, não demanda o terceiro ação nova; exerce, pelo recurso, a ação cuja legitimidade também é sua e já fora exercida por outro colegitimado. Assume o processo no estado em que se encontra, sem alterá-lo objetivamente. Não há, com isso, supressão de instância. Aliás, o parágrafo único do art. 996 do CPC expressamente diz que cabe recurso de terceiro que se afirme substituto processual para a discussão da situação jurídica litigiosa - *refinamento promovido pelo CPC de 2015 que foi pouco notado pela doutrina, mas que, para o processo coletivo, é fundamental*.

Caso não se permita essa impugnação recursal do terceiro, estará sendo vedado o acesso do colegitimado ao Judiciário, pois, com a coisa julgada, nenhum juízo poderá reapreciar a causa - este ponto também é fundamental, pois, nos litígios individuais, a coisa julgada surgida da homologação da transação não afeta o terceiro. Só lhe restará a ação rescisória.

Concordamos, pois, com as conclusões de Geisa de Assis Rodrigues: "A discordância dos demais colegitimados deve ser feita através da utilização dos mecanismos de revisão da decisão judicial, ou seja: recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação, dependendo do caso concreto. A decisão homologando o ajuste formulado em juízo é uma decisão de mérito, e portanto poderá ser acobertada pela intangibilidade panprocessual da coisa julgada material".⁵⁰

Homologada a transação e transitada em julgado a decisão homologatória, a transação poderá ser impugnada mediante ação autônoma no caso

50. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta - teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 237. Também admitindo o questionamento do acordo pelo colegitimado, José Marcelo Vigilar, *Ação Civil Pública*, p. 90.

de novas provas (coisa julgada *secundum eventum probationis*) ou mediante ação rescisória⁵¹. O requisito, no primeiro caso, é a demonstração de que as provas novas são suficientes para gerar outro resultado e que o acordo firmado foi realizado sem conteúdo probatório suficiente para a definição dos direitos e obrigações. Não poderia ser diferente, uma vez que o título judicial decorrente do processo de conhecimento não pode ser mais fraco que o título judicial decorrente da homologação de transação em juízo.

51. Sobre a rescindibilidade, no CPC-2015, da decisão homologatória de acordo, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 3, p. 429-430.

CAPÍTULO 11

Aspectos gerais do processo coletivo

Sumário • 1. O pedido na ação coletiva: 1.1. Interpretação do pedido; 1.2. O pedido de indenização por dano moral coletivo; 1.3. Ações coletivas e o controle de constitucionalidade; 1.4. Ação coletiva em matéria tributária; 1.5. Ação civil pública em matéria previdenciária; 1.6. Ação civil pública em matéria de FGTS – 2. Abandono em ações coletivas – 3. Desistência em ações coletivas – 4. A reconvenção – 5. A distribuição dinâmica do ônus da prova – 6. Audiência pública – 7. Audiência pública extrajudicial e Ministério Público – 8. Tutela provisória nos processos coletivos – 9. Litigância de má-fé e despesas processuais: 9.1. Regime jurídico geral de adiantamento de custas processuais e pagamento de honorários advocatícios de sucumbência nas ações coletivas; 9.2. Outros possíveis condenados em razão da litigância de má-fé; 9.3. Condenação do Ministério Público: responsabilidade da Fazenda Pública; 9.4. Artigos 17 e 18 da Lei n. 7.347/1985 – 10. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas: 10.1. Litisconsórcio entre Ministérios Públicos e o problema da competência; 10.2. A questão do enunciado n. 489 da súmula STJ; 10.3. Intervenção como fiscal da ordem jurídica; 10.4. Ministério Público e os direitos individuais homogêneos: função promocional dos relevantes interesses sociais; 10.5. Ministério Público e o seguro decorrente do DPVAT: cancelamento do enunciado n. 470 da súmula do STJ; 10.6. Ministério Público e proteção ao erário; 10.7. Ministério Público como parte e a prerrogativa funcional da reserva de “assento à direita do órgão jurisdicional” (Art. 41, XI, Lei n. 8.625/1993) – 11. Decisão estrutural – 12. Peculiaridades em relação aos recursos: 12.1. O interesse recursal; 12.2. O efeito suspensivo da apelação – 12.3. Remessa necessária.

1. O PEDIDO NA AÇÃO COLETIVA

1.1. Interpretação do pedido

O CPC-2015 avançou muito no tratamento da interpretação do pedido.

O art. 322, § 2º, expressamente impõe que o pedido seja interpretado de acordo com a boa-fé e em conformidade com o conjunto da postulação (interpretação sistemática do pedido). O assunto foi examinado no v. 1 deste *Curso*, para onde se remete o leitor, tendo em vista que o regramento geral é totalmente aplicável ao processo coletivo.

A peculiaridade que é digna de nota diz respeito aos litígios coletivos estruturais. Nesses casos, é preciso conceber novos *standards* de interpretação da demanda coletiva, que, pelas suas complexidade e mutabilidade, exige uma reconstrução dogmática das normas de interpretação da postulação e de observância da congruência entre o pedido e a decisão judicial.

O tema é difícil e os limites deste *Curso* não permitem maior aprofundamento. Assim, remetemos o leitor ao item "decisão estrutural", nesse mesmo capítulo, em que tentaremos apresentar as primeiras diretrizes dogmáticas para a solução desses problemas.

1.2. O pedido de indenização por dano moral coletivo

Muito embora exista previsão normativa expressa da possibilidade de dano moral ou extrapatrimonial coletivo, consoante se depreende da parte final do art. 1º da Lei nº 7.347/1985 e do art. 6º, VI, do CDC,¹ a doutrina questiona a sua viabilidade.

Primeiramente, vejamos a tese favorável defendida, entre outros, por José Rubens Morato Leite, André Ramos, Gisele Góes² e Carlos Alberto Bittar Filho.

Uma premissa importante adotada por essa corrente é a possibilidade, amplamente reconhecida atualmente, de reparação do dano moral causado a pessoa jurídica. "Não possui a pessoa física um monopólio sobre a reparação por dano moral".³ Não ser possível restringir o dano moral às pessoas naturais é o primeiro passo para a constatação da possibilidade de dano moral sofrido por um ente despersonalizado, inclusive pelos titulares de direitos coletivos em sentido amplo.

Dois posicionamentos doutrinários são bem elucidativos:

"(...) é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais [...] Com isso, vê-se que a coletividade é passível de ser indenizada pelo abalo moral, o qual, por sua vez, não necessita ser a dor subjetiva ou estado anímico negativo, que caracterizariam o dano moral na pessoa física, podendo ser o desprestígio do serviço público, do nome social, a boa-imagem de nossas leis ou mesmo o desconforto da moral pública, que existe no meio social".⁴

"A coletividade - ou comunidade - é 'um conglomerado de pessoas que vivem num determinado território, unidas por fatores comuns', ou, ainda, 'uma sociedade localizada no espaço, cujos membros

cooperam entre si (com divisão de trabalho), seja utilitaristicamente (para obter melhores, mais eficientes resultados práticos, reais), seja eticamente (tendo em vista valores humanos - familiares, sociais, jurídicos, religiosos etc.)". Dessas definições - máxima da segunda - exsurtem os fios mais importantes na composição do tecido da coletividade: os valores. Resultam eles, em última instância, da amplificação, por assim dizer, dos valores dos indivíduos componentes da coletividade. Assim como cada indivíduo tem sua carga de valores, também a comunidade, por ser conjunto de indivíduos, tem uma dimensão ética. Mas é essencial que se assevere que a citada amplificação desatrela os valores coletivos das pessoas integrantes da comunidade quando individualmente consideradas. Os valores coletivos, pois, dizem respeito à comunidade como um todo, independentemente de suas partes. Trata-se, destarte, de valores do corpo, valores esses que se não confundem com os de cada pessoa, de cada célula, de cada elemento da coletividade".⁵

"(...) o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial".⁶

Três espécies de lesão a direitos difusos revelam com bastante facilidade a ocorrência de dano moral coletivo: a lesão ao meio-ambiente,⁷ aos direitos dos trabalhadores e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (patrimônio cultural material e imaterial da comunidade).

Houve um caso em Porto Seguro, na Bahia, em que o Ministério Público Federal ajuizou uma demanda coletiva para o ressarcimento dos prejuízos morais sofridos pela comunidade nacional (tratava-se de patrimônio histórico nacional), em razão da danificação do sítio arqueológico que abrigava as ruínas de uma das primeiras igrejas do Brasil. O interessante,

5. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. "Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1994, v. 12, p. 50.

6. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. "Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1994, v. 12, p. 55.

7. Conferir a tese de doutorado do Prof. José Rubens Morato Leite, coordenada por J.J. Gomes Canotilho da Universidade de Coimbra. LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 269-307. No mesmo sentido: "O dano ambiental não consiste apenas e tão-somente na lesão ao equilíbrio ecológico, afetando igualmente outros valores precípuos da coletividade a ele ligados, a saber: a qualidade de vida e a saúde. É que esses valores estão intimamente inter-relacionados, de modo que a agressão ao ambiente afeta diretamente a saúde e a qualidade de vida da comunidade". (BITTAR FILHO, *ob. cit.*, p. 55-56).

1. Parte da doutrina prefere a expressão "extrapatrimonial" por mais abrangente. Cf. LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual coletivo ao extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 270.

2. GÓES, Gisele. "O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público". *Processo civil coletivo*, Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 470-481.

3. RAMOS, André de Carvalho. "A ação civil pública e o dano moral coletivo". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1998, v. 25, p. 81.

4. RAMOS, André de Carvalho. "A ação civil pública e o dano moral coletivo", *id.*, p. 83.

no particular, é que a reparação dos danos morais pode dar-se na forma do equivalente pecuniário (funcionando, assim, como verdadeira punição) e também na forma específica ou resultado prático equivalente, ou seja, a reparação dar-se-ia pela restauração de outro patrimônio histórico ou pela recomposição dos aspectos culturais lesados.

É preciso, contudo, estabelecer o contraponto: há quem não admita a reparação de dano moral coletivo, como, entre outros, Teori Albino Zavascki⁸.

Para esses autores, embora não exista dúvida quanto à possibilidade de a lesão aos direitos difusos acarretar dano moral, essa lesão, entretanto, não assume o caráter transindividual. Isso porque a vítima do dano moral é necessariamente uma pessoa natural, já que o dano envolve a dor, o sentimento, a lesão psíquica. O máximo que se pode admitir, nessa corrente hermenêutica, é "a autorização para cumular, no processo em que se busca a responsabilização do réu pelas lesões causadas a direitos transindividuais, a reparação dos danos morais eventualmente decorrentes do mesmo fato".⁹

A tese da impossibilidade do dano moral nas ações coletivas encontrou eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido". (STJ, 1ª T., REsp 598.281/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. em 02.05.2006, publicado no DJ de 01.06.2006, p. 147).

Ocorre que, atualmente, o STJ tem admitido a configuração do dano moral coletivo, especialmente no direito ambiental e no direito do consumidor, considerando desnecessária, aliás, a prova direta da "dor, sofrimento ou abalo psicológico", impossível em se tratando de uma comunidade lesada¹⁰.

8. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

9. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*, 6ª ed., cit., p. 43.

10. STJ, 2ª T., Resp 1.269.494/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 24/09/2013, DJe 01/10/2013; STJ, 2ª T., REsp 1.328.753-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 28/5/2013, publicado no Informativo 526; STJ, 2ª T., REsp n. 1.509.923/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. em 06.10.2015, publicado no DJe de 22.10.2015; STJ 2ª T., REsp n. 1.397.870/MG, Rel. Min. Mauro Campbell, j. em 02.12.2014, publicado no DJe de 10.12.2014. Em precedente relacionado a direito consumerista, um banco foi condenado a pagar reparação por dano moral coletivo, em ação civil pública, pelo fato de oferecer, em sua agência, atendimento inadequado aos consumidores idosos, deficientes físicos e com dificuldade de locomoção. No caso

A prova, contudo, deve demonstrar que o dano ultrapassa os limites do tolerável e atinge, efetivamente, valores coletivos (STJ, 2ª T., AgRg no AREsp 809.543/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, j. em 08.03.2016, DJe 15/03/2016).

Salvo comprovada má-fé, não se aplica ao processo coletivo o disposto nos arts. 85, § 6º, § 14 c/c 292, V, para determinar o valor da condenação em honorários no caso de sucumbência parcial do autor da ação coletiva, em razão do especial regime de custas e honorários advocatícios.

Esse é o pensamento prevalecente atualmente. A discussão parece ter-se encerrado.

1.3. Ações coletivas e o controle de constitucionalidade

Houve uma grande discussão doutrinária quanto ao cabimento de ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, ainda que difuso. Como a coisa julgada coletiva tem eficácia *erga omnes*, eventual procedência do pedido em ação civil pública equivaleria à decisão de inconstitucionalidade tomada pelo STF, em controle concentrado. Essa é a questão de fundo da polêmica.

Alguns autores consideram inviável a ação civil pública que envolve controle incidental da constitucionalidade (Gilmar Mendes, Hugo de Brito Machado, Arruda Alvim e Arnold Wald, todos citados por João Batista de Almeida).¹¹

Em particular, a tese de Gilmar Ferreira Mendes merece algum destaque pela importância do seu autor e pela influência que exerce no desenvolvimento da jurisprudência do STF em matéria de controle de constitucionalidade. A ideia central deposita seus esforços na constatação de que "toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias" (Anschütz).¹²

concreto, o atendimento desses clientes era realizado somente no segundo andar da agência bancária, cujo acesso se dava por três lances de escada (STJ, 3ª T., REsp 1.221.756-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.02.2012, DJe 10.02.2012, publicado no informativo 490).

11. ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controversos da ação civil pública*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 86-88 (na 1ª ed., 2001, p. 68, nota 62).

12. MENDES, Gilmar Ferreira. "Ação civil pública e controle de constitucionalidade". In: *Aspectos polêmicos de ação civil pública*. WALD, Arnoldo (org.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151-165. A ideia está indevidamente ligada a uma noção pela qual o controle concentrado apresentaria maiores contornos políticos do que o controle difuso, já que a sua eficácia não se limita apenas às partes (Moreira Alves). Com a devida

O STF, no entanto, em julgamento do Pleno, entendeu possível o controle difuso da constitucionalidade por meio de ação civil pública. Isso ocorreu no julgamento da Reclamação 600-0/90-SP, rel. Min. Néri da Silveira:

"Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei 8.024/90, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência da lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer em abstrato, na via concentrada, originariamente no STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, *incidenter tantum*, ao ensejo do debate de controvérsia na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local (...)."13

Ou seja, são pressupostos para o controle difuso de constitucionalidade por meio de ação coletiva: a) que não se identifique na controvérsia constitucional o objeto único da demanda: é preciso que a ação coletiva tenha por objetivo a solução de um problema concreto, não podendo servir para simplesmente afastar *erga omnes* a vigência de uma lei do ordenamento jurídico; b) a interpretação do pedido (art. 322, §2º, CPC) é fundamental para a definição do objeto da ação coletiva em que se pretende obter controle difuso de constitucionalidade das leis; c) que a questão de constitucionalidade verse e atue como questão prejudicial incidental; d) não se pode admitir a concessão de tutela provisória, em ação coletiva, para simplesmente suspender a vigência da lei em todo território nacional, providência que somente pode ser determinada pelo STF, em processo de controle concentrado de constitucionalidade; e) a questão constitucional tem de apresentar-se como fundamento e não como objeto do pedido; disso se podem extrair as seguintes e importantíssimas consequências: f) a inocorrência de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental (art.

vénia, nada mais equivocado tendo em vista a noção de que todo o controle de constitucionalidade, em uma ou outra acepção, alemã ou americana, contém elementos políticos, mormente se hoje se pretende alargar a eficácia do controle difuso ("objetivação" desse controle) e se reconhecemos um sistema de precedentes judiciais vinculantes em nosso sistema.

13. No mesmo sentido, STF, Tribunal Pleno, Rcl 8.605 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17/10/2013, DJE 07/11/2013.

503, CPC); ii) a inocorrência de exclusão da norma impugnada *incidenter tantum* do ordenamento jurídico.

O caso julgado pelo STF é um *leading case*, fixando precedente que segue até hoje inalterado (art. 927, V, CPC).

A solução não se altera com o CPC-2015, que permitiu a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais (art. 503, § 1º, CPC). Isso porque um dos impedimentos a essa extensão é exatamente a ausência de competência, em razão da matéria, para conhecer da questão como principal (art. 503, § 1º, III, CPC). O órgão julgador não tem competência para decidir a *inconstitucionalidade da lei* como questão principal; assim, a coisa julgada não se estende à solução dessa questão quando posta *incidenter tantum*.

Nas Rcl 1503/DF, rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 17.11.2011, e Rcl 1519/CE, rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 17.11.2011, o STF indicou que, mesmo quando o pedido seja de obrigação de fazer ou não fazer, poderá haver usurpação da competência do Tribunal quando a matéria se esgotar no controle de constitucionalidade. O Plenário, por maioria, julgou procedentes pedidos formulados em reclamações, em que alegada usurpação, por juiz federal de 1ª instância, de competência originária do STF para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, a). No caso, o magistrado deferira liminar em ação civil pública na qual o Ministério Público Federal pleiteava: a) nulidade do enquadramento dos outrora ocupantes do extinto cargo de censor federal nos cargos de perito criminal e de delegado federal de que trata a Lei n. 9.688/1998, levado a efeito mediante portarias do Ministro de Estado da Justiça; e b) declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade da Lei n. 9.688/1998 (cf. Informativo STF nº 261). Destacou-se que o reconhecimento de inconstitucionalidade postulado nos autos da ação civil pública não se traduziria em mero efeito incidental; constituir-se-ia no pedido principal deduzido pelo autor da demanda, cujo objeto final seria a pura e simples decretação de inconstitucionalidade da lei. Tecnicamente o reconhecimento de inconstitucionalidade no controle difuso é uma não aplicação do dispositivo normativo; logo, não pode constar do pedido nem mesmo ao argumento de que se dará *incidenter tantum*.

1.4. Ação coletiva em matéria tributária

Problema antigo: é possível ação civil pública em matéria tributária?

O problema envolvia três discussões: a) possibilidade de controle de constitucionalidade *difuso*, já examinada no item anterior; b) natureza

jurídica dos direitos dos contribuintes, que são disponíveis; c) o argumento de que os contribuintes não se confundem com os consumidores, daí não se aplicar a tutela dos direitos individuais homogêneos prevista no CDC.

A disponibilidade do direito dos contribuintes impediria o Ministério Público de propor essa ação coletiva. Esse argumento, como se percebe, não resiste a todas as hipóteses, pois seria possível imaginar uma associação de comerciantes (ação coletiva não proposta pelo Ministério Público, portanto) pleiteando, p. ex., o não pagamento de determinado taxa.

Mas não é só.

Conforme prescreve o art. 5º, II, da Lei Complementar 75/1993, cabe ao Ministério Público Federal zelar pela observância do sistema tributário nacional. Por causa disso, vários autores se posicionaram quanto à legitimação do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em matéria tributária, mesmo que na defesa de contribuintes: Nelson Nery, Hugo Nigro Mazzili, Kazuo Watanabe, Antônio de Souza Prudente, Rodolfo de Camargo Mancuso, Washington Carigé etc. (todos citados por João Batista de Almeida).¹⁴

Após discussão doutrinária e jurisprudencial, decidiu o STF, em *leading case*, no RE 195.056-1/PR, negar legitimação ao Ministério Público para propor ação civil pública em matéria tributária.

Há longa decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no julgamento do Resp 49.272-6-RS, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 21.09.1994, em que se admite a possibilidade de ação civil pública em matéria tributária. No entanto, a orientação desse Tribunal Superior acabou por alinhar-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não reconhecendo a possibilidade de discussão de matéria tributária no bojo da ação civil pública.

Sedimentado o entendimento jurisprudencial nos tribunais superiores, foi editada a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, acrescentando um parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 7.347/1985, que expressamente veda a possibilidade da promoção de ação civil pública em matéria tributária. A regra é de duvidosa constitucionalidade, sobretudo por ter sido produto de uma medida provisória.¹⁵

14. ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 88-89.

15. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 1332.

Ultrapassada a discussão sobre a constitucionalidade dessa regra, caso a ação civil pública verse sobre questão tributária, o juiz deve extinguir o processo, sem exame do mérito, pois o procedimento é incompatível com a pretensão.

Há, contudo, a necessidade de separar a discussão quanto ao pedido e à causa de pedir. Quanto à causa de pedir não há nenhuma vedação da discussão envolver questões de direito tributário. Assim decidiu o STJ:

"De acordo com o parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/1985, não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos. Essa restrição, entretanto, está relacionada ao pedido, o qual tem aptidão para formar coisa julgada, e não à causa de pedir. Na hipótese em foco, a análise da questão tributária é indispensável para que se constate eventual ato de improbidade, por ofensa ao princípio da legalidade, configurando causa de pedir em relação à pretensão condenatória, estando, portanto, fora do alcance da vedação prevista no referido dispositivo. REsp 1.387.960-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 22/5/2014. Info 543"

Assim, não há essa limitação quando a matéria tributária esteja sendo debatida nos autos em defesa do erário (STJ), REsp 760034/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 18/03/2009, ação de improbidade em face da concessão de benefícios fiscais indevidos) e dos interesses da Fazenda Pública (RE 576155/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 12.8.2010).

Ao que parece, porém, a limitação quanto ao pedido em matéria tributária não se aplica ao mandado de segurança coletivo. Isto porque historicamente o mandado de segurança atua como ação para tutela dos contribuintes contra o abuso de poder e as ilegalidades perpetradas pelo Poder Público. Nesse sentido parece ter assentado o STF ao decidir apenas pela ilegitimidade dos partidos políticos para defesa de direitos dos contribuintes.¹⁶

"Constitucional. Processual civil. Mandado de segurança coletivo. Legitimidade ativa *ad causam* de partido político. Impugnação de exigência tributária. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE nº 213.631.

16. Recentemente o Min. Gilmar Mendes julgando liminarmente mandado de segurança coletivo em face da nomeação do ex-presidente Lula para o cargo de Ministro de Estado entendeu que a legitimação dos partidos políticos deve ser ampliada, superando seu posicionamento anterior. Para Gilmar Mendes o mandado de segurança caberá para tutela de interesses ligados à defesa da finalidade partidária, no caso em defesa da "ordem institucional", inclusive para a tutela de direitos difusos (MC em MSC 34.071/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 18 de março de 2016).

rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido". (STF, 1º T., RE nº 196.184/AM; rel. Min. Ellen Gracie, j. 27.10.2004, publicado no DJ de 18.02.2005, p. 6)¹⁷

1.5. Ação civil pública em matéria previdenciária

Muito se discutiu nos tribunais a legitimação do Ministério Público para a tutela de direito previdenciário. A limitação decorria de premissas muito parecidas com as analisadas em relação ao direito tributário: a) tratar-se de direito disponível; b) a ilegitimidade do Ministério Público, em face da ausência de similitude entre os direitos individuais homogêneos de natureza previdenciária e os direitos individuais homogêneos decorrentes do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei 7.347/1985 chegou a estabelecer, pela Medida Provisória 2180-35, que não eram cabíveis ações civis públicas em matéria tributária (art. 1º, parágrafo único). A inconstitucionalidade dessa medida provisória é flagrante, seja pela falta de relevância e urgência da questão, seja em razão da amplitude do acesso à justiça pelas ações coletivas e o princípio da proibição de retrocesso social.

17. Este parece ser também o entendimento do STJ: "RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL - LEGITIMAÇÃO ATIVA - SINDICATOS - PROVA DE EXISTÊNCIA E FUNCIONAMENTO HÁ MAIS DE UM ANO - ART. 5º, LXX, "B", da CF/88 - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO CONTRA LEI EM TESE - CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO ESTADUAL DE TRANSPORTE E HABITAÇÃO - FETHAB - NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. 1. Doutrina e jurisprudência entendem que, se a lei gera efeitos concretos quando é publicada, ferindo direito subjetivo, é o mandado de segurança via adequada para impugná-la. 2. A Lei Estadual 7.263/2000, com as alterações da Lei 7.882/2002, ao conceder o benefício fiscal aos contribuintes, estabelecendo ato de natureza vinculada à Administração, com efeitos concretos e imediatos, e dando ensejo à impetração do writ preventivo. Inaplicabilidade da Súmula 266/STF. Não ferimento da jurisprudência estratificada na Súmula 266/STF. 3. A contribuição ao Fundo de Transporte e Habitação - FEHTAB, instituída pela Lei 7.263/2000 do Estado de Mato Grosso para as operações internas com soja, gado em pé, algodão e madeira não se enquadra no conceito de tributo previsto no art. 3º do Código Tributário Nacional, porque ausente a característica da compulsoriedade. 4. Contribuição que equivale a uma contraprestação pecuniária imposta a contribuintes do ICMS como contrapartida ao benefício fiscal de diferimento desse tributo para momento posterior ao da saída da mercadoria do estabelecimento, de opção facultativa, e que antes era concedido pelo Fisco Estadual como uma liberalidade, de forma incondicional. 5. Inexistência de vedação legal ou constitucional quanto à possibilidade de imposição, pela lei estadual, da observância de determinados requisitos ou de determinada contraprestação pelo contribuinte para a obtenção do benefício do diferimento do ICMS, principalmente em se tratando de hipótese de renúncia fiscal. 6. Recurso ordinário improvido." (2ª T., RMS nº 18.971/MT, rel. Min. ELIANA CALMON, j. em 20.10.2005, publicado no DJ 14.11.2005, p. 233)

Os precedentes do STF e do STJ foram gradualmente ampliando a legitimação do Ministério Público para defesa de direitos previdenciários e progressivamente eliminando a eficácia do art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985.

Inicialmente o STF garantiu a possibilidade do exercício do direito de ação por meio das ações coletivas, para permitir o acesso a informações de interesse do grupo junto ao INSS: "O direito à certidão traduz prerrogativa jurídica, de extração constitucional, destinada a viabilizar, em favor do indivíduo ou de uma determinada coletividade (como a dos segurados do sistema de previdência social) [...] O Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas." (STF, RE 472489 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 29-08-2008). Em seguida vieram outros precedentes.

O STJ finalmente aderiu ao posicionamento do STF e pacificou o cabimento da ação civil pública em matéria previdência e a legitimidade do Ministério Público por se tratar de direitos individuais homogêneos disponíveis com relevante interesse social (art. 127 c/c art. 129, III). Assim, caberá a ação civil pública para revisão de benefício previdenciário, pois de "acordo com a jurisprudência atual desta Corte, o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação judicial que vise a defesa de direitos individuais homogêneos tendo em vista o relevante interesse social na causa" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1174005/RS, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, j. em 18/12/2012, DJe 01/02/2013).¹⁸

1.6. Ação civil pública em matéria de FGTS

O art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347/1985, resultante da Medida Provisória n. 2.180-35, inconstitucional formal e materialmente, afirma que não cabem ações civis públicas para discutir matérias relacionadas ao FGTS. A legitimidade do Ministério Público na matéria acaba se confundindo com a questão do cabimento da ação.

Foram ajuizadas várias ações individuais e coletivas para a discussão da matéria, tendo o STJ entendido que a matéria tem cunho eminentemente

18. No mesmo sentido, STJ, 5ª T., AgRg no Resp n. 986.053/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 16.10.2012, publicado no DJe de 19.10.2012; STJ, 5ª T., AgRg no REsp n. 1.174.005/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 18.12.2012, publicado no DJe de 01.02.2013; STF, 2ª T., AI n. 316.419 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15.11.2010, publicado no DJe de 30.11.2010.

constitucional: "O TRF foi enfático em afirmar que sua Corte Especial, por maioria, declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985, por ofensa aos arts. 127 e 129, III, da CF, no tocante à vedação do cabimento da Ação Civil Pública sobre o FGTS. Dessa forma, a Corte estadual apreciou a lide sob o enfoque eminentemente constitucional." (REsp 1477028/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, REPDJe 10/02/2016, DJe 27/11/2014)

A questão ainda não foi definitivamente decidida.

O STF reconheceu a repercussão geral na matéria, nos seguintes termos:

"Processual civil e constitucional. Recurso extraordinário. Ministério Público. Ação civil pública. Cabimento para a veiculação pretensão que envolva o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Interpretação do art. 1º, parágrafo único, da lei 7.347/85 em face da disposição do art. 129, III, da Constituição Federal. Repercussão geral configurada. 1. Possui repercussão geral a questão relativa à legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública que veicule pretensão envolvendo o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). 2. Repercussão geral reconhecida". (RE 643978/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/09/2015, processo eletrônico DJe-192 divulg 24-09-2015 public 25-09-2015).

Como analisado, o STF tem garantido a legitimação do Ministério Público nos casos em que, apesar de disponíveis os direitos individuais homogêneos envolvidos, os mesmos se configurem a relevância social (art. 127 c/c art. 129, III, CF/88). A tendência, portanto, é que não só reconheça o cabimento da ação como a legitimidade do Ministério Público na matéria.

2. ABANDONO EM AÇÕES COLETIVAS

O § 3º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 disciplina o abandono do autor em ação civil pública. Nessas causas, o abandono do autor não tem o efeito de autorizar a extinção do processo. Determina o dispositivo legal a sucessão processual: o Ministério Público ou outro legitimado assumirá o polo ativo da demanda. A lei cuida apenas de abandono pela associação legitimada, mas se autoriza a interpretação extensiva: o abandono por qualquer colegitimado coletivo deve implicar sucessão processual, e não extinção do processo sem exame do mérito.¹⁹

19. Em sentido diverso, adotando a interpretação literal, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 210-211.

Trata-se de dispositivo semelhante à antiga previsão da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), que, no entanto, é mais genérica, pois se o autor-popular der ensejo a qualquer hipótese de *extinção do processo sem exame do mérito*, em vez de extinguir o feito, deve o órgão julgador determinar a publicação de editais para que outro cidadão ou o Ministério Público lhe suceda (art. 9º).

Aplica-se, ao abandono em causa coletiva, a regra do § 1º do art. 485 do CPC, que determina a intimação pessoal do autor para, em cinco dias, realizar as diligências necessárias ao andamento do feito. Assim, antes da publicação dos editais, deve ser concedida a oportunidade ao autor para dar andamento ao processo²⁰.

3. DESISTÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS

A desistência na ação civil pública tem regramento específico.

Quando a associação autora desiste da causa de forma *infundada*, autoriza-se que outro colegitimado à propositura da demanda coletiva, inclusive o Ministério Público, a suceda, assumindo a posição ativa da causa (art. 5º, § 3º, Lei n. 7.347/1985). Conforme já se defendeu em relação ao abandono, embora o legislador se refira apenas às associações, a interpretação correta do dispositivo deve estender a sua aplicação à desistência infundada de qualquer colegitimado ativo²¹.

O regramento é semelhante na ação popular (art. 9º), que, no entanto, não qualifica a desistência: qualquer uma, e não somente as infundadas, impõe a sucessão processual.

O dispositivo da Lei n. 7.347/1985 tinha dispositivo semelhante, cuja redação foi alterada pelo Código de Defesa do Consumidor, de modo a esclarecer a possibilidade de desistências fundadas, e, portanto, eficazes, no âmbito da ação civil pública.

Hugo Nigro Mazzili defende que se a desistência for do Ministério Público²² ou se ele não assumir a posição ativa do processo, após a desistência de outro colegitimado, deverá o membro do Ministério Público submeter

20. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. Susana Henriques da Costa (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 232.

21. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 294.

22. Marcelo Abella Rodrigues, abandonando o pensamento de Nelson Nery Jr., defende que, se a desistência infundada for do Ministério Público, e nenhum outro colegitimado queira sucedê-lo, o magistrado pode submeter a conduta do membro do MP ao respectivo chefe, aplicando por analogia o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal. (*Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 81).

o seu posicionamento à homologação do Conselho Superior do Ministério Público respectivo, aplicando por analogia o regramento do controle do arquivamento do inquérito civil (art. 9º da Lei n. 7.347/1985).²³

Interessante a observação de Daniel Assumpção Neves: como a desistência não implica extinção do processo, não há necessidade de concordância do réu com a desistência do autor (art. 485, § 4º, CPC).²⁴

4. A RECONVENÇÃO

O CPC-2015 resolveu antiga questão doutrinária: a possibilidade de o réu reconvir, quando o autor for substituto processual.

Se quiser reconvir em face do substituto processual, o réu terá de fundar o seu pedido em pretensão que afirme ter em face do substituído, desde que para tal pretensão o substituto tenha legitimação extraordinária passiva. Trata-se de regra que decorre do § 5º do art. 343, CPC.²⁵

Um exemplo para ilustrar.

Imagine uma administradora de consórcio que propõe ação de cobrança contra consorciado, em atraso com a sua contribuição mensal para o grupo. Nesse caso, a administradora de consórcio é substituta processual do grupo de consorciados (art. 3º da Lei n. 11.795/2008). Caso pretenda reconvir, o réu deverá formular uma pretensão contra o grupo - pretensão de retirada do grupo, p. ex.; não poderá formular pretensão contra a administradora de consórcio, afirmando um direito em face dela - indenização por danos morais, p. ex. A administradora atuará na reconvenção com a mesma qualidade com que atua na ação: será substituta processual.

Nas ações coletivas é também admissível a reconvenção.

Basta pensar no exemplo das situações jurídicas coletivas ativas e passivas discutidas pelos sindicatos das categorias profissionais de empregados e empregadores; nas situações jurídicas ativas e passivas envolvendo o direito de greve por parte de uma categoria de servidores públicos e o dever coletivo de voltar ao trabalho (não interrompendo a prestação de serviços essenciais, por exemplo); nas situações jurídicas ativas e passivas

23. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 295-300.

24. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*, cit., p. 234.

25. Dispositivo que encampou lição antiga: "Se o substituto for autor, somente caberá reconvenção se o réu pretender postular direito que julgue ter contra o substituído, mas que pela sua natureza comporte também defesa pelo substituto". (FORNACIARI JR., Clito. *Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 91)

surgidas de conflitos pela ocupação de espaços urbanos para manifestações populares e estudantis, conflitos de terras, coletividade de vítimas e coletividade de autores de ato ilícito etc.

Em todos os casos em que dois grupos puderem estar ao mesmo tempo nos polos ativo e passivo da relação jurídica discutida, ou seja, nas chamadas ações duplamente coletivas, será possível aventar a reconvenção.

Essa singela e muito pouco festejada mudança promovida pelo CPC-2015 é fundamental para a retomada das discussões sobre o cabimento da reconvenção em processo coletivo. E isso não é pouca coisa.

O § 5º do art. 343 do CPC-2015 veio substituir o pessimamente redigido parágrafo único do art. 315 do CPC-1973: "Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem".

A esquisita redação do finado parágrafo único do art. 315 do CPC-1973 costumava ser utilizada como fundamento para impedir em tese o cabimento da reconvenção em qualquer procedimento relativo à tutela coletiva. Interpretava-se o malsinado dispositivo como se ele proibisse reconvenção quando o autor fosse legitimado extraordinário - exatamente o que ocorre no processo coletivo²⁶. A interpretação não era correta, como já apontava a doutrina que inspirou a redação do CPC-2015. Por essa razão, os autores deste pequeno ensaio já defendiam a possibilidade de reconvenção em processo coletivo²⁷. De todo modo, a correção de rumo feita pelo novo CPC removeu esse obstáculo.

Observado o § 5º do art. 343 do CPC-2015, a reconvenção, no caso, tem de veicular pretensão dirigida ao grupo, e não ao legitimado extraordinário. Ora, o interesse de agir será averiguado a partir do interesse do grupo e será o grupo o beneficiado com a tutela, nada mais natural que o interesse contraposto ou pretensão na reconvenção seja também dirigido ao grupo e não ao substituto processual, que deve apenas figurar como legitimado ativo adequado para fins de tutela. Para cumprir essa exigência, é preciso compreender que o processo coletivo também pode ser passivo; ou seja, que é concebível a existência de uma situação jurídica cujo sujeito

26. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*, 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 225-226. Assim, também, CAIS, Frederico. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. Susane Henriques da Costa (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 214; STJ, 2ª T., Resp. n. 72.065, rel. Min. Castro Meira, j. 03.08.2004, publicado no DJ de 06.09.2004, p. 185.

27. DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*, 9ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, v. 4, p. 288-290.

passivo seja²⁸ um grupo. A reconvenção, então, será uma ação coletiva passiva. Reconvenção no processo coletivo também é uma ação coletiva; mas é uma ação coletiva passiva.

Assim, se o réu reconvier, deduzindo demanda coletiva passiva, para a qual o autor originário possua legitimação coletiva passiva, e essa demanda for conexa com a ação principal (art. 343, *caput*, CPC), não há óbice à admissibilidade da reconvenção, visto que por ela se afirma direito em face do substituído – o grupo.

Vejamos o mesmo exemplo do réu em ação popular.

O réu na ação popular, sendo um cidadão, também tem legitimidade para propor a ação popular; nada impede, a princípio, que proponha ação popular contra aquele que promoveu inicialmente a ação popular de que é réu, alegando a existência de dano ao erário ou ao meio ambiente; essa ação popular reconvençional pode ser conexa com a causa principal (e muito possivelmente o será, até mesmo em razão de eventual prejudicialidade ou preliminaridade); assim, impedir a reconvenção seria postura de muito pouco valor prático. É que, propondo demanda autônoma, haveria reunião dos processos por conexão (art. 5º, § 3º, Lei n. 4.717/1965). Nos dois casos autor e réu estarão em defesa dos direitos do grupo de pessoas titulares dos direitos coletivos e, portanto, o interesse tutelado permitirá a reconvenção, podendo ambas ser julgadas procedentes.

Outro exemplo em ação civil pública trabalhista.

Imagine que um sindicato proponha uma ação declaratória de direito de greve; o sindicato réu reconvém, propondo uma ação possessória, afirmando que o grupo substituído tem promovido invasões em imóveis seus. O caso é admissível, exatamente porque a reconvenção possessória é também uma ação coletiva.

Agora um exemplo em que essa reconvenção não é admissível.

Um banco, demandado em ação coletiva proposta pelo Ministério Público, reconveio para deduzir pretensão ressarcitória em face da União e do próprio Ministério Público, em razão da existência de supostos danos morais decorrentes da propositura daquela mesma ação coletiva. A reconvenção, nesse caso, por ter trazido sujeito novo ao processo e por deduzir pretensão material em face do legitimado extraordinário, é inadmissível. É

28. Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. "Processo coletivo passivo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, v. 165, p. 29-43.

inadmissível por deduzir pretensão que nada tem com o grupo substituído, que não apresenta aderência coletiva passiva.

Além disso, não será admissível a reconvenção quando apesar de abstratamente definido como substituto processual do grupo, *ope legis*, o reconvinte não possuir legitimação adequada, analisada pelo juiz, em concreto, para defesa da pretensão arguida na reconvenção.

5. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Desde a primeira edição, este *Curso* defendeu a aplicação da teoria da distribuição dinâmica (pelo órgão julgador) do ônus da prova nos processos coletivos. O CPC-2015 encampou essa teoria, disciplinando normativamente a redistribuição judicial do ônus da prova (art. 373, §§ 1º e 2º).

Agora, a redistribuição do ônus da prova por determinação judicial é admitida em *qualquer tipo de processo*, o que inclui, obviamente, o processo coletivo. O regramento do art. 373, §§ 1º e 2º aplica-se ao processo coletivo, sem qualquer nuance. O tema foi examinado longamente no v. 2 deste *Curso*, para onde se remete o leitor.

Também nesse ponto o CPC-2015 foi importante para o aprimoramento da tutela coletiva: a reivindicação doutrinária foi, então, generalizada.

6. AUDIÊNCIA PÚBLICA²⁹

A audiência pública é, tal como a audiência de instrução e julgamento, uma sessão *pública* – transcorre de portas abertas, acessível a qualquer pessoa –, que tem por escopo permitir que pessoas com experiência e conhecimento em determinada matéria, ou que de algum modo sejam capazes de contribuir com o assunto discutido, possam externar suas opiniões e pontos de vista, ampliando a participação democrática num determinado processo decisório.

Em determinados casos, a lei *exige* a realização de audiência pública como requisito de validade do ato final de determinado processo – por exemplo: o processo licitatório que precede a formalização de contrato administrativo de significativo valor deve ser iniciado obrigatoriamente com

29. Escrito conjuntamente com Rafael Alexandria de Oliveira e reproduzido no v. 2 deste *Curso*, com alterações realizadas por Hermes Zaneti Jr.

uma audiência pública (Lei n. 8.666/1993, art. 39³⁰); exige-se audiência pública no processo legislativo de elaboração do plano diretor municipal ou quando houver projeto de implantação de empreendimento de significativo impacto para a comunidade de um município (Lei n. 10.257/2001, art. 40, § 4º, I³¹, e art. 2º, XIII³², respectivamente).

Em outros casos, a lei apenas *faculta* a realização de audiência pública - por exemplo: nos processos administrativos federais, a depender da relevância da questão discutida (Lei n. 9.784/1999, art. 32³³); nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, quando houver necessidade de esclarecimento de circunstância de fato (Lei n. 9.868/1999, art. 9º, § 1º³⁴, e art. 20, § 1º³⁵; Lei n. 9.882/1999, art. 6º, § 1º³⁶); em qualquer ação que tramite junto ao STF, quando houver necessidade de esclarecimento de circunstância de fato com repercussão geral e de interesse público relevante (RISTF, art. 13, XVII³⁷; art. 21, XVII).

30. Art. 39, Lei n. 8.666/1993. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

31. Art. 40, Lei n. 10.257/2001. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. [...] § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade.

32. Art. 2º, Lei n. 10.257/2001. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] XIII - audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população.

33. Art. 32, Lei n. 9.784/1999. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

34. Art. 9º, Lei n. 9.868/1999. [...] § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

35. Art. 20, Lei n. 9.868/1999. [...] § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

36. Art. 6º, Lei n. 9.882/1999. [...] § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

37. Art. 13, RISTF. São atribuições do Presidente: [...] XVII - convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender

Em processos coletivos, a audiência pública é ato importante e recomendável.

O objetivo da audiência pública é dar mais legitimidade e qualidade ao ato final do procedimento, seja ele um ato legislativo, uma decisão administrativa ou uma decisão judicial. Trata-se de valioso instrumento de participação democrática no processo decisório, permitindo a ampliação do leque dos sujeitos envolvidos e tornando o debate de determinada matéria mais permeável à pluralidade de ideias. Também serve para a colheita de informações que irão subsidiar a decisão ou futuras investigações a respeito dos fatos alegados.

Em três passagens o CPC fala em *audiência pública*: quando trata do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) (CPC, art. 983, § 1º); quando trata do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC, art. 1.038, II); e quando trata da possibilidade de alteração, pelo tribunal, de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 927, § 2º).

O CPC não exige a realização da audiência pública como requisito de validade da decisão final, apenas *faculta* a sua realização. Parece-nos, contudo, que o fato de a audiência pública estar prevista apenas nessas hipóteses não impede a sua realização em situações outras que, por sua relevância e repercussão, reclamem maior participação de pessoas estranhas ao processo, mas com conhecimento e experiência suficientes para contribuir com o aprimoramento do seu resultado.

É o caso, por exemplo, dos processos estruturais³⁸, dos processos em que se discute *leading case*, cuja *ratio decidendi* servirá como precedente para casos futuros, e dos processos submetidos a julgamento por órgão plenário ou por órgão especial de tribunal, cujo resultado há de ser observado por juízes e pelo próprio tribunal (CPC, art. 927, V). É o caso também do incidente de arguição de inconstitucionalidade (CPC, arts. 948 a 950) e do incidente de assunção de competência (CPC, art. 947).

necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

38. Segundo Edilson Vitorelli Dintz Lima, "há uma categoria de ações de interesse público, que se valem de ordens judiciais que impõem obrigações de fazer ou não fazer para a realização de direitos fundamentais. Quando há necessidade de, para atingir o objetivo de tutela de um direito fundamental, reformar instituições inteiras, as ordens judiciais respectivas ficaram conhecidas como *structural injunctions*. Assim, a referência ao processo coletivo estrutural é aplicável aos casos em que a pretensão coletiva não é apenas de imposição de um comportamento, mas a realização de uma alteração estrutural na organização pública, com o objetivo de potencializar o comportamento desejado no futuro" (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 521).

A falta de lei federal que estabeleça o procedimento para realização da audiência pública, a lei estadual ou o regimento interno do tribunal podem discipliná-lo³⁹. Caso não haja regulamentação, o art. 154, p. único, do Regimento Interno do STF e a Resolução n. 82/2012 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) podem servir como parâmetros normativos quanto ao procedimento a ser adotado antes e durante a realização de uma audiência pública.

Inicialmente, deve-se dar a mais ampla publicidade à sessão, garantindo-se que a informação sobre a sua designação chegue ao maior número possível de pessoas. Isso pode ser feito por publicação do despacho que designa a audiência pública nos órgãos oficiais de publicação e jornais de grande circulação e também por divulgação nas rádios, canais de televisão, redes sociais e sítios de internet.

É imprescindível que o despacho indique, desde já, a data, a hora e o local em que a audiência acontecerá, bem como o tema que será debatido, o prazo para inscrição dos interessados, o tempo e os recursos de que cada um disporá para expor sua opinião ou ponto de vista e a ordem em que a exposição será feita.

39. O art. 78-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia é muito interessante como modelo normativo disciplinador da audiência pública: "Art. 78-A - O Relator poderá designar, de ofício ou a requerimento, audiência pública para colher informações de terceiros potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas na tese jurídica discutida ou no fato probando. §1º - A audiência pública será convocada por edital, publicado na página do Tribunal na rede mundial de computadores, no Diário da Justiça eletrônico e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, tendo, ainda, ampla divulgação em veículos de comunicação apropriados às características do público destinatário. §2º - O edital de convocação deverá conter o assunto da audiência, a indicação da questão específica objeto de discussão, a descrição do público destinatário do ato, a data, o local e o horário da sua realização e os critérios de inscrição e manifestação. §3º - A convocação deverá ocorrer com antecedência mínima de trinta dias, salvo em situações de urgência. §4º - Será garantida a participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida. §5º - O Ministério Público será intimado para participar da audiência. §6º - A audiência pública será presidida pelo Relator, a quem cabe selecionar previamente as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de manifestação de cada um, que deve restringir-se à questão discutida, sob pena de lhe ser cassada a palavra. §7º - Todos os membros do órgão colegiado competente para o julgamento da causa podem participar da audiência e formular perguntas aos participantes, devendo a secretaria respectiva dar-lhes ciência dos termos do edital de convocação por ofício específico encaminhado ao gabinete com a mesma antecedência da publicação do edital. §8º - A audiência ocorrerá em horários apropriados à participação do público destinatário do ato, podendo ser realizada fora do horário normal de expediente forense. §9º - O Relator poderá determinar a realização da audiência fora do prédio do Tribunal, em local de fácil acesso ao público destinatário, inclusive fora da sede do juízo, sempre que julgar necessário à garantia do amplo comparecimento. §10 - A audiência pública será registrada em ata e mediante gravação de áudio e vídeo, bem como transmitida por meio da rede mundial de computadores e redes de televisão estatais, sempre que possível. §11 - As questões levantadas durante a audiência pública, desde que relevantes para o julgamento da causa, deverão ser examinadas pelo órgão julgador, na forma do art. 489, §1º, do Código de Processo Civil. §12 - A audiência pública poderá ser designada nos procedimentos de uniformização de jurisprudência, previstos nos arts. 216 a 230 deste Regimento, e poderá realizar-se em outros casos em que o Relator a reputar necessária".

Todos os membros do colegiado que decidirá a questão devem ser informados da data e do local da audiência, para que dela possam participar, inclusive formulando perguntas e pedindo esclarecimentos. A observação é muito importante, pois a audiência serve como importante fonte de informação ao órgão julgador, que não se resume ao relator.

É possível que o julgador, visando a otimizar os trabalhos, limite o número de pessoas habilitadas a prestar depoimento, mas é fundamental que isso seja feito segundo critérios objetivos e explícitos, assegurando-se o debate do maior número possível de opiniões ou pontos de vista. Assim, por exemplo, havendo mais de uma entidade de classe inscrita e que represente o mesmo interesse ou ponto de vista, pode o julgador, para garantir maior eficiência, autorizar que apenas uma delas sustente o seu ponto de vista, se ele coincidir com o que seria sustentado pela outra entidade.

A sessão será conduzida por juiz, desembargador ou ministro, a quem competirá decidir questões que eventualmente surjam durante a sua realização. Desde que possível, é importante que seja ela transmitida em tempo real, por qualquer meio (televisão, rádio, internet, redes sociais etc.), a fim de que possa ser acompanhada mesmo por quem não estiver presente no local de sua realização.

A sua documentação deve ser feita pelos mesmos meios disponíveis para a documentação das audiências em geral (ata, vídeo etc.).

7. AUDIÊNCIA PÚBLICA EXTRAJUDICIAL E MINISTÉRIO PÚBLICO

Muito embora o CPC tenha ampliado a possibilidade de audiências públicas judiciais, é preciso lembrar-se das audiências públicas extrajudiciais na tutela coletiva, especialmente aquelas que dão suporte a decisão do Ministério Público em ajuizar a ação coletiva, arquivar determinado procedimento ou efetivar termo de ajustamento de conduta.

As leis que regulamentam o Ministério Público preveem expressamente a sua realização para o exercício da defesa dos direitos assegurados na Constituição Federal e Estadual (art. 27, parágrafo único, IV da Lei n. 8.625/1993 e art. 6º, XIV da Lei Complementar n. 75/1993, LONMPU).

As audiências públicas no âmbito do Ministério Público foram regulamentadas pela Resolução CNMP n. 82/2012. A resolução estabelece a possibilidade de cooperação de órgãos públicos, os requisitos mínimos e o procedimento, inclusive quanto à publicidade.

A finalidade da audiência pública transcende a mera informação, atingindo o ideal de democracia direta, na qual os destinatários dos atos poderão efetivamente intervir na formulação de políticas públicas, dando os contornos que mais se amoldem as suas reais e efetivas necessidades.

Além da perspectiva prática, de ampliar a visão sobre o tema em debate e sobre as efetivas necessidades da comunidade, as audiências públicas ainda servem como forte fator de formação da convicção no apoio dos órgãos públicos, particulares, empresas e comunidade às posturas sugeridas pelo Ministério Público local. Daí sua imprescindibilidade na tomada de decisões e no preparo do tecido social para a mudança de comportamentos sociais arraigados de desrespeito (até por má compreensão) da lei e da Constituição.

A legitimidade do Ministério Público aumenta com a aceitação desse procedimento.

Assim, é justamente importante notar seu papel na formação da convicção do Ministério Público nos casos complexos e de alta litigiosidade interna.

Imagine-se uma cidade afetada pela poluição; a indústria poluente é a base da economia local, o fechamento da indústria afetará a vida de todos, gerando grandes prejuízos para a tutela dos direitos; a simples solução por subsunção do fato à hipótese normativa não serve. Para encontrar uma solução que possa realizar o objetivo da tutela integral do meio ambiente, é preciso permitir a participação dos afetados e construir, até a medida do possível, uma solução de convergência quanto aos interesses da comunidade, da indústria e do meio ambiente.

Para o bom desenvolvimento dos trabalhos, o membro do Ministério Público deverá presidir a audiência pública, delimitando os temas que serão debatidos e a ordem de desenvolvimento e exposição. Após a fase de abertura e debates prévios, deverá ser efetivada uma inscrição nominal dos que desejem expor suas razões, de forma sucinta em tempo previamente acordado (por exemplo, cinco minutos por exposição), ou seja, o que se exige, não por apego ao formalismo, mas por necessidade prática, é um regulamento prévio, do conhecimento de todos, para a boa efetividade da audiência.

Deverá haver, ainda, uma lista com os nomes e os dados dos presentes, e uma ata que registre os debates, de forma a vincular os expositores ao que foi dito, inclusive para subsidiar o procedimento administrativo do Ministério Público. Por essa razão, recomenda-se a existência de livro

próprio para as audiências públicas, no qual devem ser registradas as presenças, com firma dos representantes dos órgãos, entidades e pessoas que a elas compareceram.

A publicidade da data e local de realização da audiência é um dos segredos para a efetiva participação da população; não devem ser medidos esforços para comunicar as pessoas interessadas sobre seu objeto, procurando obter o máximo de engajamento dos verdadeiros destinatários finais da política pública discutida, daqueles que serão os consumidores dos resultados obtidos com a audiência. Cartazes, notificações, ofícios, reclamações radiofônicas entre outros meios de divulgação, são aceitos e permitidos para tingir essa finalidade.

Na regulamentação do CNMP, Resolução n. 82/2012, ficou estabelecido:

Art. 1º Compete aos Órgãos do Ministério Público, nos limites de suas respectivas atribuições, promover audiências públicas para auxiliar nos procedimentos sob sua responsabilidade e na identificação das variadas demandas sociais. § 1º As audiências públicas serão realizadas na forma de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e terão por finalidade coletar, junto à sociedade e ao Poder Público, elementos que embasem a decisão do órgão do Ministério Público quanto à matéria objeto da convocação. § 2º O Ministério Público poderá receber auxílio de entidades públicas para custear a realização das audiências referidas no caput deste artigo, mediante termo de cooperação ou procedimento específico, com a devida prestação de contas.

Art. 2º As audiências públicas serão precedidas da expedição de edital de convocação do qual constará, no mínimo, a data, o horário e o local da reunião, bem como o objetivo e a forma de cadastramento dos expositores, além da forma de participação dos presentes.

Art. 3º Ao edital de convocação será dada a publicidade possível, sendo facultada sua publicação no Diário Oficial do Estado e obrigatória a publicação no sítio eletrônico, bem como a afixação na sede da unidade do Ministério Público, com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis.

Art. 4º Da audiência será lavrada ata circunstanciada, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar de sua realização. § 1º A ata e seu extrato serão encaminhados ao Procurador-Geral de cada unidade, ou a quem estes indicarem, no prazo de 05 dias após sua lavratura para fins de conhecimento. § 2º A ata, por extrato, será afixada na sede da unidade e será publicada no sítio eletrônico do respectivo Ministério Público, assegurando-se aos inscritos e participantes a comunicação por meio eletrônico, no respectivo endereço cadastrado.

Art. 5º Se o objeto da audiência pública consistir em fato que possa ensejar providências por parte de mais de um membro do Ministério Público, aquele que teve a iniciativa do ato participará sua realização aos demais membros, com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis, podendo a audiência pública ser realizada em conjunto. Art. 6º Ao final dos trabalhos que motivaram a audiência pública, o representante do Ministério Público deverá produzir um relatório, no qual poderá constar a sugestão de alguma das seguintes providências: I - arquivamento das investigações; II - celebração de termo de ajustamento de conduta; III - expedição de recomendações; IV - instauração de inquérito civil ou policial; V - ajuizamento de ação civil pública; VI - divulgação das conclusões de propostas de soluções ou providências alternativas, em prazo razoável, diante da complexidade da matéria.

Art. 7º As deliberações, opiniões, sugestões, críticas ou informações emitidas na audiência pública ou em decorrência desta terão caráter consultivo e não vinculante, destinando-se a subsidiar a atuação do Ministério Público, zelar pelo princípio da eficiência⁴⁰ e assegurar a participação popular na condução dos interesses públicos.

Art. 8º Cada unidade do Ministério Público debaterá, no âmbito de seu planejamento estratégico, a necessidade de realização de audiências públicas, podendo definir metas correlatas.

Seria adequado que o legislador disciplinasse - por lei específica - a realização de audiências públicas. A legislação sobre audiências públicas deverá prever a intimação do Ministério Público, para que analise a adequação constitucional de sua intervenção.

8. TUTELA PROVISÓRIA NOS PROCESSOS COLETIVOS

8.1. Generalidades

A tutela provisória nos processos coletivos não apresenta peculiaridades que justifiquem uma revisão, neste momento, da teoria sobre o assunto: ela segue, em regra, os pressupostos e fundamentos gerais aplicáveis ao processo individual, o que inclui a disciplina da *estabilização da tutela provisória* prevista nos arts. 304 e 305 do CPC. Assim, remetemos o leitor ao quanto foi dito no v. 2 deste curso sobre a tutela provisória.

No entanto, algumas observações merecem ser feitas.

40. Cf. CARVALHO, Fabiano. O princípio da eficiência e o processo coletivo no novo Código de Processo Civil. In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 471/487 (DIDIER JR., Fredie (coord. geral). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8).

a) A tutela provisória satisfativa é técnica procedimental já prevista em alguns procedimentos especiais, antes de ser generalizada, em 1994, com a reforma dos arts. 273 e 461, § 3º, CPC-1973, que a introduziu nos procedimentos comuns. O mandado de segurança (1951), a ação de alimentos (1968) e as ações possessórias (1973) são exemplos de procedimentos especiais que já previam a possibilidade de concessão de tutela provisória satisfativa, antes da reforma do CPC-1973 em 1994.

A ação civil pública é também um desses procedimentos que já admitiam a concessão de tutela provisória satisfativa. O art. 12 da Lei de Ação Civil Pública⁴¹ já permitia a concessão de medida liminar de natureza satisfativa, embora com redação lacônica. O dispositivo também permite a concessão de tutela cautelar liminar, no bojo do procedimento da ação civil pública, tendo em vista o regramento do CPC, que funde a tutela provisória satisfativa de urgência com a tutela cautelar, aqui aplicado subsidiariamente.

b) O art. 4º da Lei de Ação Civil Pública dispõe que "poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico".

Embora mencione expressamente a tutela cautelar, a redação do dispositivo não dá margem à dúvida: não se trata de tutela cautelar, mas, sim, de *tutela satisfativa*, que, no caso, é *inibitória*, pois visa exatamente obter providência judicial que impeça a prática de ato ilícito e, por consequência, a ocorrência de um dano (art. 497, par. ún., CPC)⁴²; a tutela inibitória independe de dano e de verificação do dolo ou culpa.

A menção à tutela cautelar justifica-se historicamente, tendo em vista que, à época, em razão de ausência de texto normativo que permitisse a concessão de tutela provisória satisfativa (antecipação da tutela, generalizada em 1994, como visto), o uso da *ação cautelar satisfativa, com finalidade inibitória*, era aceito pela jurisprudência.

41. Art. 12 da Lei nº 7.347/1985: "Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo".

42. Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. São Paulo: RT, 2015, p. 474-478.

Não obstante isso, obviamente é possível a concessão da tutela cautelar no âmbito do processo coletivo, nos termos dos arts. 300 e segs. do CPC.

- c) Exemplo prático, que ressalta a importância da tutela provisória, em processos coletivos, pode ser apontado a partir de um caso concreto de mandado de segurança coletivo.

Cuida-se um mandado impetrado pelo Sindicato dos Bares e Restaurantes do Estado de São Paulo contra decreto do Prefeito Municipal da Cidade de São Paulo que vedava o fumo em bares e restaurantes. O ato normativo tem efeitos práticos concretos evidentes, cabendo a tutela pela ação de mandado de segurança. Sendo admissível a ação, a liminar que suspendesse a aplicação daquele ato, seria equivalente a excluí-lo do ordenamento jurídico, de forma muito similar, quase idêntica, a uma liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Os efeitos de tal liminar, na prática, beneficiariam todos os bares e restaurantes.⁴³

É preciso que o magistrado perceba o conteúdo e a relevância de uma decisão que conceda uma tutela provisória em processo coletivo, já que, evidentemente, terá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*.

- d) A legislação prevê algumas limitações à concessão de tutela provisória, ora aplicáveis a qualquer tipo de processo, ora destinadas exclusivamente às causas coletivas. Fiquemos, neste momento, apenas com aquelas relacionadas ao processo coletivo, tendo em vista que as outras já foram examinadas no volume 2 deste curso.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 8.437/1992: "No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de *setenta e duas horas*". O § 2º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 repetiu a regra. Já decidiu o STJ pela nulidade da decisão liminar conferida sem o respeito a essa determinação legal.⁴⁴

Dispositivo semelhante encontra-se no parágrafo único do art. 562 do CPC, que impede a concessão de liminar possessória contra o Poder Público sem a prévia audiência dos seus representantes.

43. O caso prático foi apontado por BUENO, *Liminar em mandado de segurança*, p. 371.

44. "Processual. Ação Civil Pública. Mandado de Segurança Coletivo. Liminar. Oitiva do Poder Público. Lei nº 8.437/1992, Art. 2º. I - No processo de mandado de segurança coletivo e de ação civil pública, a concessão de medida liminar somente pode ocorrer, *setenta e duas horas* após a intimação do Estado (Lei Num. 8.437/1992, Art. 2º). II - Liminar concedida sem respeito a este prazo é nula." (STJ, 1ª T., REsp nº 88.583/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, publicado no DJ 18.11.1996, p. 44.847).

A *ratio essendi* do artigo é a defesa do patrimônio público contra a amplitude da liminar em processos coletivos; a regra busca um necessário equilíbrio entre os valores contrapostos. Decorre este dispositivo justamente do reconhecimento da inegável força e poder que o ato do magistrado, em se tratando de ações coletivas, exerce em uma massa indeterminada de pessoas (ou pelo menos ainda não determinada) bem como sobre o Poder Público.

Ocorre, por outro lado, que, em se tratando de juízo de ponderação, não se pode negar a "natureza própria" da tutela provisória de urgência, em resposta à lesão ou ameaça de lesão de forma eficaz. Aqui incide a inevitável vedação jurídica aos absolutos, nem mesmo o direito de oitiva prévia do réu (expressão do princípio do *due process of law*) poderá ser um direito fundamental absoluto, a colisão de princípios invariavelmente deverá resolver-se na dimensão do peso⁴⁵ dos valores em jogo no caso concreto. Existindo risco iminente de perda da eficácia da decisão ou mutilação de seus efeitos, não pode subsistir a regra, por inconstitucional.⁴⁶

A conclusão geral é a de que todas as leis que limitam, regulam ou restringem a concessão de tutela provisória (em processo individual ou coletivo) poderão ser submetidas ao controle difuso de constitucionalidade. Esse controle examinará a sua razoabilidade, sempre tendo em vista o risco de ineficácia da decisão futura. Nos demais casos concretos, dever-se-á atentar para as circunstâncias da causa.⁴⁷

45. Trata-se de reconhecer, ademais, uma teoria das restrições de direitos fundamentais (no caso, direito de acesso à Justiça) que seja vinculada a noção de "razão fraca", existindo enquanto se justifique frente ao ordenamento uma possibilidade *prima facie* de restrições fundamentadas. Consoante corretamente afirma a doutrina: "a la pregunta qué son las restricciones de derechos fundamentales se ofrece la respuesta simple: las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales *prima facie*". ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 272. Daí ser consequente o *dever de ponderação* entre as restrições previstas na norma e a efetividade dos princípios (mandados de otimização *prima facie*).

46. Em trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence, ADIn 233-6/DF (Tribunal Pleno - DJ, 29. 06.90), fica clara a posição supra: "Para quem, como eu, *acentuou que não aceita veto peremptório, veto a priori a toda e qualquer restrição que se faça à concessão de liminar*, é impossível, no cipoal de medidas provisórias que se subtraem ao deferimento de tais cautelares *in itinere*, distinguir, em tese - e só assim poderemos decidir nesse processo -, até onde as restrições são razoáveis, até onde são elas contencões, não ao uso regular, mas ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a consequente afronta à jurisdição legítima do Poder Judiciário...". E segue: "Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar. Para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, devendo de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva". ADIn 223-6/DF, JSTF 143, p. 54-55. No mesmo sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*, p. 372.

47. Não se pode perder de vista a regra de que os limites e as restrições aos direitos fundamentais de liberdade, como é o caso do acesso à Jurisdição, estão sujeitos ao regime jurídico restritivo. Sobre o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias fundamentais cf. CANOTILHO, José Joaquim

Mas há outro ponto a ser destacado.

O art. 1º da Lei nº 8.437/1992 assim está redigido: "Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal".

O § 1º deste artigo arremata: "§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal".

Essas restrições não se aplicam à ação popular e à ação civil pública (§ 2º do art. 1º da Lei n. 8.437/1992). Uma das razões, a mais óbvia, é que nessas ações não há a regra da competência por prerrogativa de função. A outra, externada pela própria jurisprudência, é que nas ações populares o cidadão está agindo em prol do interesse público primário⁴⁸.

e) Aos processos coletivos aplica-se o regramento do pedido de suspensão da eficácia das decisões proferidas contra o Poder Público (art. 4º da Lei n. 8.437/1992). Nada há para acrescentar neste momento ao que já foi dito no volume 3 deste curso, no capítulo dedicado exclusivamente ao pedido de suspensão de segurança.

f) A disciplina das *astreintes* em processo coletivo segue os mesmos parâmetros gerais dos processos individuais. Importante ressaltar que a lei da ação civil pública sempre disciplinou expressamente que a multa cominada liminarmente só será exigível ao réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, sendo devida desde o dia em que houver configurado o descumprimento (art. 12, § 2º, da Lei nº 7.347/1985). O dispositivo foi repetido no § 3º do art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e no § 3º do art. 83 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). O CPC-2015 foi na mesma linha: art. 537, § 3º.

Trata-se de norma de evidente conteúdo ético: de fato, se o demandado restar como vencedor da demanda, não seria razoável ter de arcar com uma multa determinada para efetivar um direito que, afinal, se mostrou inexistente. Não é justo que alguém que não tenha razão, no caso o demandante, saia do processo mais *rico* do que entrou, enquanto o vencedor veja

Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. (esp. *Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias*, p. 136-160).

48. Nesse sentido, STJ, 6ª T., REsp nº 73.083/DF, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, J. em 09.09.1997, publicado no DJ de 06.10.1997, p. 50.063.

o seu patrimônio reduzido sem qualquer justificativa. Por isso, o legislador exige a decisão favorável definitiva àquele que se beneficia com a multa, como pressuposto para a sua execução.

É possível, porém, a *execução provisória* da decisão que fixou a multa.

8.2. Tutela de evidência cautelar no processo de improbidade administrativa: a indisponibilidade dos bens prevista no art. 7º da Lei n. 8.429/1992

O art. 7º da Lei n. 8.429/1992 autoriza a decretação da indisponibilidade dos bens do acusado de prática de ato de improbidade: "Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito".

O dispositivo concretiza um dos comandos normativos decorrentes do §4º do art. 37 da CF/88: "§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

Trata-se, claramente, de medida que visa à efetivação de uma tutela cautelar, asseguradora de futura pretensão pecuniária de ressarcimento dos prejuízos causados em razão do ato ilícito⁴⁹.

Há decreto de indisponibilidade, sem que, no entanto, haja apreensão dos bens tornados inalienáveis – nesse ponto, distingue-se essa medida cautelar do arresto/sequestro⁵⁰. A indisponibilidade recairá sobre tantos bens quantos bastem para o ressarcimento do prejuízo, circunstância que

49. Em sentido diverso, Roberto Campos Gouveia Filho, para quem a medida é preventiva assecuratória de ressarcimento de prejuízo não cautelar, por não pressupor o perigo, que, para o autor, é inerente à tutela cautelar. O autor a considera uma "tutela preventiva pura" (a propósito, texto compartilhado na "fan page" do autor: https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=139171656499439&id=138250306591574). Para os autores desse texto, o perigo é um dos pressupostos que a lei pode prever para a tutela cautelar, que se caracteriza pela função de servir à proteção de um outro direito. Cabe ao legislador determinar os pressupostos normativos para a concessão da tutela cautelar; como regra, exige-se a demonstração do perigo (art. 300, CPC); nos exemplos citados neste item, o perigo não é pressuposto.

50. COSTA, Susana Henriques. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 283-284.

impõe ao autor da ação o ônus de apresentar a respectiva estimativa e o lastro probatório mínimo dessas afirmações⁵¹.

Note, ainda, que a medida apenas pode ser requerida pelo Ministério Público – a pessoa jurídica de direito público interessada, também legitimada à propositura da ação de improbidade administrativa, não tem legitimidade para pleitear essa medida, podendo, se for o caso, requerer a tutela de urgência cautelar nos termos do CPC (art. 300 e segs.)⁵².

Sucede que se está diante de uma tutela cautelar fundada apenas em elementos de prova da prática do ilícito, sem necessidade de demonstração de urgência. É, assim, exemplo raro de tutela cautelar de evidência⁵³ – ou seja, é um exemplo de tutela cautelar que não é de urgência, escapando, portanto, do regramento geral previsto nos arts. 300 e segs. do CPC.⁵⁴ Há que se demonstrar a evidência para sua obtenção, o *fumus boni iuris*, sendo desnecessário demonstrar o *periculum in mora*, na linguagem do CPC, *não há necessidade de demonstrar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*.

A regra segue a linha do disposto no art. 126 do Código de Processo Penal, que também prevê uma medida cautelar concedida apenas com

51. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade". *Improbidade de administrativ – questões polêmicas e atuais*. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.) 2ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 303; COSTA, Susana Henriques. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 281.

52. COSTA, Susana Henriques. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 284.

53. Assim, pioneiramente, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade". *Improbidade de administrativ – questões polêmicas e atuais*. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.) 2ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 305-307. No mesmo sentido, COSTA, Susana Henriques. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 280.

54. Eduardo José da Fonseca Costa entende que "não se há de falar em tutela cautelar de evidência extremada pura ou em tutela cautelar de evidência pura de extremidade legalmente presumida, pois não pode haver acautelamento sem urgência" (COSTA, Eduardo José da Fonseca. "Da tutela provisória". *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lênio Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (org.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 400.) Eduardo entende que a previsão do art. 7º da Lei de Improbidade é caso de uma *tutela preventiva em sentido estrito* (p. 401). Ele não aceita que se entenda o caso como de "tutela de evidência", entendendo que reduzir a tutela provisória ao binômio urgência-evidência é empobrecedor. Para o autor, no caso do art. 7º da Lei de Improbidade, está-se no plano da "mera preventividade, pois o que se pretende é resguardar um bem jurídico relevante por meio de uma tutela rápida" (p. 402). Para os autores desse Curso, não fica em que medida isso se distingue da tutela cautelar, que serve exatamente para resguardar um bem jurídico, relevante ou não; o fato de a cautela pressupor ou não urgência nada tem a ver com a sua natureza, mas como os pressupostos fáticos que o Direito positivo, em dado momento histórico, considera suficientes para a concessão da medida. Nem sempre os binômios empobrecem, não se vê qualquer problema em aumentar o rol de categorias para três, por exemplo. É preciso, porém, que se consiga identificar fundamentos autorizativos da tutela provisória que se distingam do perigo (urgência) e da evidência (elementos de prova).

base em elementos de prova, sem necessidade de demonstração do perigo: "art. 126. Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens".

Também aqui se revela a proximidade entre a ação civil por improbidade administrativa e a ação penal, ou seja, o caráter sancionatório da ação de improbidade administrativa se comunica com o tradicional caráter sancionatório da ação criminal. Os *indícios veementes da ilicitude* – ato de improbidade ou crime – bastam para autorizar a tutela asseguradora do ressarcimento dos prejuízos causados.

A regra pode ser aplicada à ação civil pública, ação popular, ação de combate à corrupção (art. 19, Lei n. 12.846/2012) ou ação de improbidade em que se pleitear o ressarcimento ao erário em razão da prática de atos de improbidade – a aplicação das *sanções* típicas a tais atos depende necessariamente do procedimento especial previsto na Lei n. 8.429/1992⁵⁵.

Há duas razões para a aplicação dessa regra nos demais procedimentos para a tutela coletiva: a) primeiro, trata-se de tutela cautelar da pretensão ressarcitória, e não da pretensão punitiva – como a pretensão ressarcitória pode ser veiculada em outros procedimentos, não há razão para ela não vir acompanhada da regra que lhe assegura uma especial forma de obtenção da tutela cautelar; b) segundo, o art. 327, §2º, CPC, autoriza a importação para o procedimento comum de técnicas especiais de tutela jurisdicional previstas em procedimentos especiais, desde que compatíveis com o procedimento comum; o procedimento da ação civil pública é o procedimento comum para a tutela coletiva e a possibilidade de obtenção de tutela de evidência cautelar é evidentemente compatível com o procedimento comum (arts. 300 e 311, CPC).

O STJ já consolidou o entendimento, em precedente firmado em julgamento de recurso especial repetitivo, no sentido da desnecessidade de demonstração de perigo para a concessão da medida que decreta a indisponibilidade dos bens do réu da ação de improbidade.

Há duas observações sobre esse entendimento do STJ: a) não há menção à categoria "tutela da evidência cautelar", limitando-se o STJ a dizer que o perigo da demora é presumido, nesse caso – na verdade, não é bem que o perigo seja presumido; *ele é desnecessário*; b) o fundamento do STJ é o art. 37, §4º, CF/88, mas certamente seria mais fácil, do ponto de vista

55. Em sentido diverso, para quem a medida apenas cabe em ação de improbidade administrativa, COSTA, Susana Henriques. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 281.

dogmático, justificar a medida pela aplicação da mesma *ratio* do art. 126 do Código de Processo Penal, que costuma ser utilizado como fonte para a compreensão dos dispositivos normativos relacionados à improbidade; essa linha de argumentação tornaria mais clara a existência da regra que consagra a *excepcional* previsão de uma tutela cautelar sem perigo.

Eis a ementa da decisão do STJ no REsp n. 1.366.721/BA, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acórdão Og Fernandes, j. em 26.02.2014, publicado em 19.09.2014:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992). 2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, "(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao

erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido".

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ.

9. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E DESPESAS PROCESSUAIS

9.1. Regime jurídico geral de adiantamento de custas processuais e pagamento de honorários advocatícios da sucumbência nas ações coletivas

Nas ações coletivas há regime especial de pagamento de custas e honorários advocatícios, previsto no art. 87 do CDC (que serve como modelo para o microsistema). Esse regime prevê o pagamento de

custas e honorários apenas na hipótese de litigância de má-fé, pelo ajuizamento de ações coletivas temerárias⁵⁶. Essa regra estende-se, inclusive, para as demais ações coletivas, a exemplo do mandado de segurança coletivo, ação popular⁵⁷, ação de improbidade administrativa⁵⁸ e da ação civil pública.

Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Parágrafo único. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Apenas no caso de litigância de má-fé, o autor poderá ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios, das despesas processuais e no décuplo das custas, como forma de sanção. Essa sanção será de responsabilidade solidária do dirigente da associação autora e da própria associação, mas não se restringe a esses, e nem se aplica apenas em relação à propositura da ação⁵⁹.

Não se aplicam ao microsistema as regras do CPC-2015 que afetem este regime. Aqui a aplicação é residual. Aplica-se apenas quando não alterar as normas e a lógica próprias do microsistema. Por exemplo, não se aplicam as regras sobre honorários relativas à sucumbência parcial nos

56. Assim, a doutrina reconheceu que "houve um significativo avanço, pois a condenação somente poderá ocorrer em caso de litigância de má-fé, quando a Lei da Ação Civil Pública (agora modificada pelo art. 116 deste Código) permitia a condenação da associação autora quando a pretensão fosse havida por 'manifestamente infundada' (WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 850 – conferi também os comentários ao art. 115). O dispositivo do art. 17 da LACP, alterado pelo CDC, ficou incompleto, em evidente erro de redação. A doutrina já havia percebido isso, sugerindo a aplicação do art. 87 do CDC (NERY, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 1.025). Em 10.01.2007, o Congresso Nacional, quase dezessete anos depois, retificou a lei, completando o texto do art. 17 da LACP: "Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos".

57. Sobre a ação popular, importa recordar que sua redação remete ao Código de 1939, no qual "litigância temerária" servia à função que hoje serve a "litigância de má-fé" (MILMANN, Fábio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 207).

58. STJ, 1ª T., REsp n. 678.969/PB, rel. Min. Luiz Fux, j. em 13.12.2005, publicado no DJ de 13.02.2006, p. 680.

59. Nesse sentido WATANABE, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 851; NERY Jr., Nelson *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 1026.

pedidos de dano moral coletivo (art. 292, V c/c 85, § 14); não se aplicam as regras de antecipação dos honorários do perito e despesas de atos processuais (art. 91 do CPC).

A questão do adiantamento dos honorários de perito foi objeto de precedente do STJ. Conforme a tese julgada no julgamento de casos repetitivos sob o rito do art. 543-C do CPC-1973: "Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em Ações Cíveis Públicas, ficando o encargo para a Fazenda Pública a qual se acha vinculado o *Parquet*".⁶⁰

Por outro lado, é bom lembrar que a dispensa do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas processuais, dirige-se apenas ao autor da ação civil pública.⁶¹

9.2. Outros possíveis condenados em razão da litigância de má-fé

O texto da lei menciona a possibilidade de condenação da associação autora e dos seus diretores responsáveis pela propositura da ação.

É possível, porém, que outros sujeitos processuais possam ser considerados litigantes de má-fé e, assim, também possam ser condenados em razão da prática da conduta temerária. O benefício é atribuído a todos; a sanção pelo abuso, idem.

A sanção poderá atingir o litigante de má-fé independentemente de ser o autor ou o réu, ou mesmo outro interveniente, a exemplo do Ministério Público, atuando na função de fiscal da ordem jurídica.

Assim, "qualquer dos litigantes ou intervenientes na ACP pode ser considerado litigante de má-fé. A condenação pode atingir indistintamente a associação autora, o sindicato autor, a pessoa jurídica autora ou ré, de direito público ou privado, bem como os entes desprovidos de personalidade jurídica a quem a lei conferiu legitimidade para estar

60. Neste sentido, STJ, AgRg no Ag 1293413/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Julgado em 17/12/2013, DJE 08/08/2014; AgRg no REsp 1168893/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em 11/03/2014, DJE 21/03/2014; REsp 1253844/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Julgado em 13/03/2013, DJE 17/10/2013; AgRg no REsp 1280441/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, Julgado em 11/06/2013, DJE 18/06/2013; EREsp 981949/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, Julgado em 24/02/2010, DJE 15/08/2011.

61. Assim, STJ, AgRg no AREsp 450222/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 08/04/2014, DJE 18/06/2014; AgRg no REsp 1453237/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em 05/06/2014, DJE 13/06/2014; AgRg no AREsp 024119/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, Julgado em 25/02/2014, DJE 16/03/2014; AgRg nos EREsp 1347223/RN, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, Julgado em 19/02/2014, DJE 25/02/2014.

em juízo⁶². Isto ocorrerá em qualquer ato ou momento processual em que for aferida e independentemente da responsabilidade em função das perdas e danos⁶³.

Embora a lei apenas mencione as "associações", qualquer legitimado à ação coletiva, inclusive o Ministério Público⁶⁴, somente poderá ser condenado ao pagamento de custas e honorários se houver litigância temerária⁶⁵. A regra do art. 87 do CDC é aplicável a qualquer legitimado à ação coletiva.

Há, ainda, quem, como João Batista de Almeida, entenda que somente as associações podem ser condenadas ao pagamento de honorários advocatícios, em caso de improcedência e má-fé - "trata-se, como se vê, do mais arrebatado absurdo, porquanto as sanções por litigância de má-fé foram previstas exclusivamente para as associações"⁶⁶.

Ricardo de Barros Leonel entende que as pessoas jurídicas de direito público devem suportar os honorários advocatícios, porque a atuação como legitimado coletivo é eventual, não se inserindo em suas finalidades institucionais essenciais, não havendo razão para qualquer incentivo legislativo, como a isenção do dever de suportar a sucumbência⁶⁷.

O par. ún. do art. 88 do Estatuto do Idoso (Lei Federal n. 10.741/2003) dispõe que "não se imporá sucumbência ao Ministério Público". Trata-se de restrição inconstitucional, por ferir de morte a isonomia⁶⁸.

62. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa, *Código de processo civil comentado*, 6ª ed., p. 1.369.

63. Trata-se de combinação entre o sistema do CDC e os arts. 79-81 do CPC.

64. STJ, 2ª T., REsp n. 457.289/MG, rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. em 03.06.2006, publicado no DJ de 18.08.2006, p. 366.

65. Além das citações acima devemos nomear Luiz Manoel Gomes Júnior que, reconsiderando posicionamento anterior ("A questão da sucumbência na ação civil pública que teve o pedido julgado improcedente", *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 1994, n. 74, p. 185-192) acabou por ceder à tese de que apenas comprovada a má-fé cabe a condenação em honorários do Parquet. Cf. *Curso de direito processual coletivo*, p. 259-260 (idem, p. 261).

66. ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012, p. 146-147. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, as sanções processuais não são aplicáveis ao MP e aos entes políticos e/ou seus órgãos integrantes da Administração direta e indireta, isto porque, no primeiro caso: "Não aplicável, em princípio, porque seria desarrazoado supor que uma instituição tão respeitável proceda como litigante de má-fé", no segundo, "Não aplicável em princípio, porque, justamente, ao Estado compete a gestão da coisa pública (CF, arts. 170, V, VI; 216, 218, 225) não sendo razoável que litigue de má-fé em ação envolvendo interesses sociais relevantes" (MANCUSO, *Ação civil pública*, p. 296).

67. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 447.

68. GOMES Jr., Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*, p. 261; GODINHO, Robson Renault. "O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos". *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzari e Rita Dias Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 636.

A mera propositura da ação civil pública e os atos processuais para chegar ao bom desempenho da tutela coletiva não implicam má-fé. Mesmo que julgada improcedente a demanda, por falta de provas ou no mérito, haverá apenas *exercício regular do direito de ação*.

A má-fé que autoriza a condenação do autor a suportar a sucumbência, para alguns, "sugere a ação temerária, movida de forma imprudente, mal informada, sem qualquer ponderação"⁶⁹, mas para a doutrina majoritária implica obrigatoriamente a verificação do dolo, principalmente quanto ao Ministério Público.

Ver, a propósito, o acórdão do STJ, 1ª T., REsp n. 28.715/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 31.08.1994, publicado no DJ de 19.09.1994, p. 24.652, p. 27108:

"A legitimidade do Ministério Público para agir como autor da ação civil pública é ponto luminoso no cenáculo constitucional das suas atividades, com expressa previsão, (arts. 127 e 129, III, C.F., Lei Comp. 75/93, art. 6, art. 5, lei n. 7.347/85). Existente fundamentação razoável, vivificados os objetivos e funções do órgão ministerial, cuja participação e reputada de excepcional significância, tanto que, se não aparecer como autor, obrigatoriamente, deverá intervir como custos legis (par. 1., art. 5., ref.), não se compatibiliza com o espírito da lei de regência, no caso da improcedência da ação civil pública, atribuir-se a litigância de má-fé (art. 17, lei ant., c/c o art. 115, lei n. 8.078/90), com a condenação em honorários advocatícios. No caso, além do mais, a pretensão não se mostra infundada, não revela propósito inadvertido ou clavado pelo sentimento pessoal de causar dano à parte ré ou que a ação resultante de manifestação sombreada por censurável iniciativa. Tanto que a solução judicial dependeu de laboriosa prova técnica. A litigância de má-fé reclama convincente demonstração".

É bom lembrar que o Ministério Público responde apenas regressivamente em caso de comprovação de dolo ou má-fé (art. 181, CPC)⁷⁰.

O STJ entende que por critério de simetria, não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público, salvo comprovada má-fé.⁷¹

69. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 444.

70. Sobre o tema, extensamente e com referências, cf. ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 176 a 181. In: STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. (Alexandre Freire, Coordenador Executivo).

71. AgRg no REsp 1386342/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/03/2014, DJE 02/04/2014.

9.3. Condenação do Ministério Público: responsabilidade da Fazenda Pública

Caso ocorra a condenação do Ministério Público, caberá à Fazenda Pública respectiva arcar com o pagamento⁷².

Convém advertir, ainda, que, se a ação civil pública proposta pelo Ministério Público for julgada procedente, existem dois entendimentos.

- a) O réu não poderá ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, pois, por força do art. 23 da Lei n. 8.906/1994 (EOAB), os honorários advocatícios sucumbenciais pertencem ao advogado; membro do Ministério Público não é advogado. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema:

"[...] AÇÃO CIVIL 'EX DELICTO' INTENTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA INDEVIDA. ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 23. RECURSO DESPROVIDO. [...] Em caso de procedência da pretensão ajuizada em ação civil 'ex delicto' pelo Ministério Público, ilegítima a condenação do vencido ao pagamento dos honorários advocatícios, tendo em vista que, por definição legal (ART. 23 DA LEI 8.906/1994), os honorários são destinados tão-somente ao advogado." (STJ, 4ª T., REsp n. 34.386-SP, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, publicado no DJ de 24.03.1997, p. 9.019)

Mais especificamente:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS E CUSTAS. [...] As verbas sucumbenciais somente são cabíveis, em ação civil pública, quando comprovada má-fé. [...] Descabe a condenação em honorários advocatícios, mesmo quando a ação civil pública proposta pelo Ministério Público for julgada procedente." (REsp 785.489/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.06.2006, DJ 29.06.2006, p. 186)⁷³

- b) Quando atua como autor da ação, na defesa do direito de indivíduo especialmente tutelado pela lei, ou de direito coletivo *lato sensu*, incide condenação em honorários que será revertida em benefício dos cofres públicos.

72. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa, *Código de processo civil comentado*, 6ª ed., p. 1.371; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 395; STJ, 1ª T., REsp n. 120.290/RS, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 22.09.1998, publicado no DJ de 17.05.1999, p. 128; STJ, 2ª T., REsp n. 26.140/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 11.10.1995, publicado no DJ de 30.10.1995, p. 36.748.

73. No mesmo sentido, STJ, 2ª T., REsp n. 1.366.651/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell, j. em 19.09.2013, publicado no DJe de 26.09.2013.

"Ministério Público. Quando atua na defesa do autor (CPC 81), impõem-se a condenação em honorários de advogado em ação de acidente do trabalho julgada procedente, devendo os honorários ser recolhidos aos cofres públicos. Aplicação do STF 234 e 256. Neste sentido: STJ-JSTJ 51/279." ⁷⁴

O primeiro posicionamento parece, realmente, o mais correto.

9.4. Arts. 17 e 18 da Lei n. 7.347/1985

Os artigos 17 e 18 da Lei n. 7.347/1985 cuidam do mesmo tema do art. 87 do CDC, que, de fato, consolidou os textos de ambos em uma mesma redação:

Art. 17. "Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos".

Art. 18. "Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem a condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais."

Na verdade, como explica Nelson Nery Jr., as duas disposições se completam: "Enquanto a litigância de má-fé do artigo anterior [art. 17] enseja a condenação apenas em honorários e no décuplo das custas, a condenação aqui examinada abrange os honorários de advogado e demais despesas processuais. Não há lugar, entretanto, para a duplicidade de condenação, pois o litigante de má-fé é condenado pelo art. 17 da LACP nos honorários de advogado e décuplo das custas e, se for autor e perder a demanda, será também condenado nas custas judiciais e demais despesas processuais".⁷⁵

O art. 18 da Lei n. 7.347/1985 decorre da presunção relativa de boa-fé do litigante, equivale à disposição constitucional em relação à ação popular, e serve como estímulo para a defesa dos direitos coletivos. A dispensa é unicamente para o autor.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREPARO. LEI 7.347/85.1. Diz o artigo 18 da Lei 7.347/85: "Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado custas e despesas processuais". 2. A jurisprudência desta Casa tem oferecido uma

74. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa, *Código de processo civil comentado*, 9ª ed., p. 200.

75. NERY Jr., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 1.031.

interpretação restritiva ao privilégio processual, limitando-o ao autor da ação, tal como ocorre na ação popular. Na verdade, *não se mostra razoável estender o benefício àqueles que se encontram no polo passivo da relação processual*. Seria fora de propósito, no caso concreto, dar incentivo àquele que é condenado por improbidade administrativa, causando danos à sociedade. 3. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (STJ, 2ª T, REsp n. 193.815/SP, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. em 24.08.2005, publicado no DJ de 19.09.2005, p. 240)

10. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES COLETIVAS

10.1. Litisconsórcio entre Ministérios Públicos e o problema da competência

É possível a formação de litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos para a propositura de ação civil pública (art. 5º, § 5º, Lei nº 7.347/1985): Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, por exemplo⁷⁶. De acordo com precedente do STJ, esse litisconsórcio deve justificar-se por alguma razão específica do caso concreto (STJ, 3ª T, REsp. n. 1.254.428, rel. min. João Otávio de Noronha, j. em 02.06.2016).

O grande problema é saber perante qual Justiça tramitará essa ação coletiva: federal ou estadual.

Saber se os diversos Ministérios Públicos podem demandar perante qualquer Justiça é bastante complicado. Não há lei que cuide especialmente dessa situação, tampouco a Constituição Federal tratou de resolver o problema. Surgem, basicamente, duas correntes doutrinárias. Pela primeira delas, vinculam-se os ramos do Ministério Público às respectivas Justiças, partindo-se da *competência judicial* para a identificação da *atribuição* do órgão do *parquet*. Se se tratar de competência da Justiça Federal, será proposta pelo MPF; se da Justiça Estadual, pelo MPE; se da Justiça do Trabalho, pelo Ministério Público do Trabalho etc.⁷⁷

A segunda corrente segue sentido totalmente diverso. O Ministério Público, qualquer que seja ele, poderá exercer as suas funções em qualquer Justiça. O que importa, realmente, é saber se é da sua atribuição constitucional a causa que venha a demandar (art. 177, CPC). Se for, poderá fazê-lo perante qualquer órgão do Poder Judiciário.

76. O STJ já admitiu litisconsórcio entre Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho (STJ, 1ª T, REsp n. 1444484/RN, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 18.09.2014, publicado no DJe de 29.09.2014).

77. Trata-se de tese defendida por ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controversos da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2001, p. 98-103. O autor é, ao menos, coerente: considera inócuo, improficuo, espúrio, impossível juridicamente o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos (ob. cit., p. 103-106).

Parece-nos que a segunda corrente é a que mais bem resolve uma série de problemas que surgem da existência de diversos Ministérios Públicos.

Eis alguns fundamentos para isso.

- a) A delimitação das funções e atribuições de cada Ministério não está constitucionalmente vinculada à competência dos órgãos judiciais, sendo objeto de disciplina na Constituição e nas leis. A Lei Complementar n. 75/93 (art. 37, II) é explícita ao anunciar o exercício das funções ministeriais federais nas causas de quaisquer juízes ou tribunais.
- b) Não se pode equiparar o Ministério Público Federal à União ou a um de seus entes, de modo que a sua simples presença na relação jurídica processual determinasse a competência em razão da pessoa da Justiça Federal, quer porque a sua atuação é desvinculada da dos entes políticos (art. 129, IX, CF/88; art. 178, par. ún., CPC) quer porque o rol do art. 109 da CF/88 é exaustivo e nele não há referência ao Ministério Público Federal.
- c) A expressa autorização para o litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos para a propositura de ação civil pública (art. 5º, § 5º, Lei Federal nº 7.347/85) revela nitidamente a possibilidade de o Ministério Público poder demandar em Justiça que não lhe seria correspondente. Esse litisconsórcio é facultativo e unitário; como tal, exige que cada um dos litisconsortes, sozinho, tenha legitimidade para demandar o mesmo pedido, fato que por si já demonstra o acerto da tese ora defendida.
- d) Se assim não fosse, o Ministério Público Estadual ficaria na dependência da atuação do Ministério Público Federal, que, se não agisse, impediria aquele de exercer as suas atribuições, demandando, por exemplo, uma ação civil pública por dano ambiental contra um ente público federal.⁷⁸ Trata-se de um absurdo que, por si, já justificaria essa corrente defendida.⁷⁹

78. Também existe a possibilidade contrária. O STJ reconheceu a legitimidade (atribuição) do MPF para tutelar direito ambiental mesmo quando o dano não ocorreu em bem da União: "Não há falar em competência exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas. Impõe-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou o dano estejam ocorrendo, bem como da competência para o licenciamento. A dominialidade da área em que o dano ou o risco de dano se manifesta é apenas um dos critérios definidores da legitimidade para agir do Parquet Federal." No caso a fiscalização fora realizada pelo IBAMA, mas nada impede que o MPF pudesse obter as informações mediante outros órgãos e até mesmo mediante inquérito civil próprio (REsp 1479316/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 01/09/2015).

79. Muito bem lembrou NERY Jr., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 798.

- e) Ao Ministério Público se aplicam os princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade institucional (art. 127, § 1º). "O titular do direito de ação é o MP como instituição e não por seus órgãos fragmentados".⁸⁰
- f) Como ficaria, assim, a apresentação do Ministério Público Estadual nos tribunais superiores? Somente o Ministério Público Federal poderia neles atuar? Quem faria a sustentação oral de um recurso especial interposto por um procurador de justiça? O subprocurador-geral da república?

Reconhecendo a legitimidade e a necessidade de atuação direta pelos diversos ramos do MP, o STF, aceitou a legitimidade ordinária do Ministério Público Estadual para impetrar mandado de segurança.⁸¹

No mesmo sentido o STJ reconheceu, a partir da legitimidade recursal do MPE, a atribuição para atuação direta no Tribunal: "O Ministério Público estadual tem legitimidade recursal para atuar no STJ. O entendimento até então adotado pelo STJ era no sentido de conferir aos membros dos MPs dos estados a possibilidade de interpor recursos extraordinários e especiais nos tribunais superiores, restringindo, porém, ao procurador-geral da República (PGR) ou aos subprocuradores da República por ele designados a atribuição para oficiar junto aos tribunais superiores, com base na LC n. 75/1993 e no art. 61 do RISTJ. A nova orientação baseia-se no fato de que a CF estabelece como princípios institucionais do MP a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1º, da CF), organizando-o em dois segmentos: o MPU, que compreende o MPF, o MPT, o MPM e o MPDFT; e o MP dos estados (art. 128, I e II, da CF). O MP estadual não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à chefia do MPU, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o STJ. A própria CF, ao assentar que o PGR é o chefe do MPU, enquanto os MPs estaduais são chefiados pelos respectivos procuradores-gerais de justiça (PGJ) (art. 128, §§ 1º e 3º, da CF), sinaliza a inexistência dessa relação hierárquica. Assim, não permitir que o MP do estado interponha recursos em casos em que seja autor da ação que tramitou originariamente na Justiça estadual, ou mesmo ajulzar ações ou medidas originárias (mandado de segurança, reclamação constitucional, pedidos de suspensão de

80. NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa, *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1.535.

81. Cf. "O Ministério Público estadual tem legitimidade ativa autônoma para atuar originariamente neste Supremo Tribunal, no desempenho de suas prerrogativas institucionais relativamente a processos em que seja parte", Boletim Informativo do STF, nº 683, CNMP e competência revisional (transcrições), MS n. 28.827/SP. Igualmente, Boletim Informativo do STF, nº 686, MS n. 28.028/ES. Ambos rel. Min. Carmen Lúcia.

segurança ou de tutela antecipada) nos tribunais superiores, e nelas apresentar recursos subsequentes (embargos de declaração, agravo regimental ou recurso extraordinário), significa: (a) vedar ao MP estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP estadual e o MP federal, sendo que ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP estadual; (d) violar o princípio federativo; (e) desnaturar o jaez do STJ de tribunal federativo, uma vez que tolheria os meios processuais de se considerarem as ponderações jurídicas do MP estadual, inclusive como um modo de oxigenar a jurisprudência da Corte. Ressalte-se que, nesses casos, o MP estadual oficia como autor, enquanto o PGR oficia como fiscal da lei, papéis diferentes que não se confundem, nem se excluem reciprocamente. Esse novo entendimento não acarretará qualquer embaraço ao cumprimento das medidas legais de intimação dos MPs estaduais no âmbito do STJ, já que elas terão como destinatários, exclusivamente, os respectivos chefes dessas instituições nos estados. De igual modo, não se vislumbra qualquer dificuldade quanto ao local de onde deve se pronunciar oralmente o PGJ ou seu representante especialmente designado para tal ato, que tomará a tribuna reservada às partes, deixando inalterada a posição do membro do Parquet federal atuante no órgão julgador do STJ, o qual estará na qualidade de custos legis. Precedente citado do STF: RE 593.727-MG (questão de ordem)." (AgRg no AgRg no AREsp n. 194.892-RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 24.10.2012)

- g) Como ficaria, por exemplo, a situação do Ministério Público Estadual diante da negativa de informações não sigilosas por autoridade coatora vinculada à União (p. ex.: delegado Chefe da Receita Federal)? Ocorre, no caso, que a solicitação é do próprio órgão do MPE, portanto a autoridade coatora (Delegado Chefe da Receita Federal) é responsável por obstaculizar, mediante ato ilegal e abusivo, as atribuições investigativas do parquet estadual. Como o "direito" atingido é do MPE, como órgão, por óbvio é ele que detém a legitimidade autônoma e ordinária para a impetração do mandado de segurança, que, no caso, não é uma ação coletiva, mas, sim, uma demanda para a tutela do poder-dever do Ministério Público, que foi ofendido. Observem, ainda, que a competência será da Justiça Federal, embora o autor seja o Ministério Público Estadual, mas o MPF deverá manifestar-se como fiscal da ordem jurídica, já que se trata de direito referente às atribuições do órgão (manifestação obrigatória de mérito), sendo nítido exemplo de atuação conjunta do Ministério Público como órgão agente e órgão interveniente.

Na prática, há um "acordo de cavalheiros" entre os órgãos dos diversos Ministérios Públicos, cada qual "cuidando das causas de sua Justiça". A partir dessa constatação chegar à conclusão de que há relação de competência entre as suas atribuições e os diversos ramos do Poder Judiciário seria um salto hermenêutico que não ousamos dar.

Em sentido diverso, sem enfrentar os diversos argumentos aqui sustentados, STJ, 1ª T. Resp. n. 440.002-SE, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 18.11.2004, publicado no DJ em 06.12.2004 (texto entre colchetes não consta do original): "Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público Federal está investido de personalidade processual, e a sua condição de *personalidade processual federal* determina a competência da Justiça Federal. É exatamente isso o que ocorre também em mandado de segurança, em *habeas-data* e em todos os demais casos em que se reconhece legitimidade processual a entes não personalizados: a competência será fixada levando em consideração a natureza (federal ou não) do órgão ou da autoridade com personalidade apenas processual, e essa natureza é a mesma da ostentada pela pessoa jurídica de que faz parte. (...) Caberá a ele [MPF] promover, além das ações civis públicas que envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral), todas as que devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos judiciais da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais). Será da alçada do Ministério Público Federal promover ações civis públicas que sejam da competência federal em razão da matéria - as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI) - ou em razão da pessoa - as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou as que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no polo ativo (CF, art. 109, I)".

A 1ª T. do STF acolheu esse entendimento expressamente no julgamento do agravo regimental no RE n. 596.836-ES, rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 10.05.2011, publicado no DJe de 26.05.2011. Sobre o assunto, ver, também, o v. 1 deste *Curso*, no capítulo sobre competência⁸².

82. Assim, também, DIDIER Jr., Fredie. "Ministério Público Federal e competência da Justiça Federal". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 196, 2011, p. 463-468.

Observe-se, ademais, que tem sido cada vez mais comum a atuação conjunta de diversos ramos do Ministério Público e até mesmo de Ministérios Públicos de Estados diversos em casos de grande repercussão nacional.

No caso do rompimento da barragem de Mariana/MG atuaram em conjunto os Ministérios Públicos Estaduais do Espírito Santo e de Minas Gerais, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho. As ações foram concentradas na Justiça Federal de Minas Gerais. Contudo, em casos como esses as pretensões locais e globais devem ser sopesadas de forma a garantir a tutela adequada ao direito, sendo as ações ajuizadas na Justiça Federal nos casos que envolvam danos ao Rio Doce como um todo, por ser um Rio Nacional. Nada impedindo que as ações decorrentes dos danos locais, como a reparação dos prejuízos sofridos pela população, sejam ajuizadas na Justiça local, ou as ações decorrentes das lesões aos direitos dos trabalhadores sejam ajuizadas na Justiça Trabalhista. Trata-se, em outras palavras, de aplicação do princípio da competência adequada, desdobrando-se no subprincípio da atribuição adequada aos órgãos do Ministério Público apto para a tutela dos direitos.

Como se percebe, seguindo as normas fundamentais do CPC, a preocupação central é com a efetividade da tutela dos direitos (art. 4º).

Em conflito negativo de competência o STJ, analisando o dano na Bacia Hidrográfica do Rio Parnaíba do Sul, que atingiu mais de um Estado, determinou a predominância do local do dano sobre a competência da capital do Estado. Ao definir desta forma o STJ homenageou o princípio da competência adequada, tratado no capítulo sobre competência e no capítulo sobre princípios deste Curso.

"Conflito de competência suscitado em ação civil pública, pelo juízo federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, no qual se discute a competência para o processamento e julgamento dessa ação, que visa obstar degradação ambiental na Bacia do Rio Parnaíba do Sul, que banha mais de um Estado da Federação. (...) Isso considerado e verificando-se que o Ministério Público Federal optou por ajuizar a ação civil pública na Subseção Judiciária de Campos dos Goytacazes/RJ, situada em localidade que também é passível de sofrer as consequências dos danos ambientais que se querem evitados, é nela que deverá tramitar a ação. A isso deve-se somar entendimento de que 'a ratio essendi da competência para a ação civil pública ambiental, calca-se no princípio da efetividade, por isso que, o juízo federal do local do dano habilita-se, funcionalmente, na percepção da degradação ao meio ambiente posto em condições ideais para a obtenção dos elementos de convicção

conducentes ao desate da lide" (AgRg no CC 118.023/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 03/04/2012)

10.2. A questão do enunciado n. 489 da súmula STJ

O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado n. 489 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual".

Os precedentes relacionados a esse enunciado, citados no site do STJ e dos quais, em tese, se deveria extrair a *ratio decidendi* cristalizada na súmula, revelam que o Tribunal interpretou o art. 109, I, CF/1988 para deduzir que a simples presença do Ministério Público Federal em um dos polos do processo atrairia a competência da Justiça Federal *ratione personae*.

Eis duas das decisões referidas:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PROPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. CONSUMIDOR. CONTINÊNCIA ENTRE AS AÇÕES. POSSIBILIDADE DE PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONFLITANTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. A presença do Ministério Público federal, órgão da União, na relação jurídica processual como autor faz competente a Justiça Federal para o processo e julgamento da ação (competência *'ratione personae'*) consoante o art. 109, inciso I, da CF/88. 2. Evidenciada a continência entre a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em relação a outra ação civil pública ajuizada na Justiça Estadual, impõe-se a reunião dos feitos no Juízo Federal. 3. Precedentes do STJ: CC 90.722/BA, Rel. Ministro José Delgado, Relator p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ de 12.08.2008; CC 90.106/ES, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ de 10.03.2008 e CC 56.460/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 19.03.2007. 4. DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA O JULGAMENTO DE AMBAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. 5. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE. (CC 112137/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 01/12/2010).

83. Precedentes citados: CC 39.111/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 28/02/2005; AgRg no REsp 1043307/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/04/2009; CC 60.643/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJ 08/10/2007; CC 47.950/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 07/05/2007.

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. ACESSO À PRAIA E RECUPERAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. A competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição, tem por base um critério subjetivo, levando em conta, não a natureza da relação jurídica litigiosa, e sim a identidade dos figurantes da relação processual. Presente, no processo, um dos entes ali relacionados, a competência será da Justiça Federal. 2. É da natureza do federalismo a supremacia da União sobre Estados-membros, supremacia que se manifesta inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer, se for o caso. 3. Estabelecendo-se relação de continência entre ação civil pública de competência da Justiça Federal, com outra, em curso na Justiça do Estado, a reunião de ambas deve ocorrer, por força do princípio federativo, perante o Juízo Federal. Precedente: CC 56.460-RS, Min. José Delgado, DJ de 19.03.07. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal para ambas as ações. (STJ, 1ª S., CC n. 90.106/ES, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 27.02.2008, publicado no DJe de 10.03.2008).

Sucedee que apenas em dois dos cinco precedentes citados, partiu-se da correta interpretação do texto constitucional.

No primeiro, atraiu o interesse da União a presença da Caixa Econômica Federal. Portanto o caso é de incidência direta do art. 109, I, da CF/88.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. JOGOS ELETRÔNICOS. JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. ATRAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAR AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. CONFLITO CONHECIDO PARA DETERMINAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Ocorrendo continência entre duas ações civis públicas propostas concomitantemente pelo Ministério Público Estadual e pela União, com a finalidade de interdição permanente de empresas exploradoras de jogos de azar, deve ser determinada a reunião de ambas ações para evitar julgamentos conflitantes entre si. 2. "É da natureza do federalismo a supremacia da União sobre Estados-membros, supremacia que se manifesta inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer, se for o caso." (CC 40334/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, DJU 28/04/2004) 3. "In casu", há de se considerar, na espécie, a preponderação da Ação Civil Pública proposta na Justiça Federal, gerando atração das propostas na Justiça Estadual. Embora seja fato que o que se discute nas ações civis públicas propostas na Justiça Estadual seja a ausência de alvará a ser expedido pela Prefeitura Municipal, também deve se considerar que para o exercício das atividades em questão há necessidade de dois atos que se completam:

a) a autorização a ser concedida pela Caixa Econômica Federal; b) a concessão de alvará de funcionamento. O ato administrativo, portanto, é composto. Exige a atuação de duas autoridades: uma federal, outra estadual. Consequentemente, qualquer litígio existente sobre a questão atrai a competência da Justiça Federal para analisar o ato composto em sua integridade. 4. Conflito conhecido para determinar a competência da Justiça Federal para processar e julgar, como bem entender, as ações noticiadas. (STJ, 1ª S., CC n. 56.460/RS, rel. Min. José Delgado, j. em 28.02.2007, publicado no DJ de 19.03.2007, p. 272).

No segundo, tratava-se da delegação de competência da União ao Estado do Rio Grande do Sul. Por isso, havia interesse da União e, assim, o caso também se subsume ao inciso I do art. 109 da CF/88.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RELAÇÃO DE CONTINÊNCIA. Não se discute o fato de que a existência de conexão ou continência não é capaz, por si só, de alterar a competência absoluta, como é o caso dos autos. Menos verdade não é, contudo, que, se a Justiça Federal já está processando determinado feito e existe outra ação cujo objeto está abrangido por aquela, não se pode deixar de reconhecer o interesse da União também nesse feito e a necessidade da reunião dos processos para o julgamento pela Justiça Federal. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Federal. (STJ, 1ª S., CC n. 22.682/RS, rel. Min. Franciulli Neto, j. em 09.04.2003, publicado no DJ de 12.05.2003, p. 206).⁸⁴

A reunião de processos coletivos por conexão ou continência é uma necessidade premente e correta do ponto de vista do direito processual, como vem sido defendido neste *Curso*, desde que respeitados alguns pressupostos, especialmente nos processos coletivos. Esta reunião evita a concomitância de decisões contraditórias que tenham eficácia *erga omnes* em todo o território nacional, o que geraria grave insegurança jurídica.

84. Cf. trecho do voto: "Nesse sentido, permita-se transcrever a percuente manifestação da douta Subprocuradoria-Geral da República, verbis: 'A pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal na ação civil pública que tem curso perante o Juízo suscitante é mais ampla do que aquela apresentada pelo Município de Caxias do Sul, verificando-se hipótese de continência. É certo que há manifestação jurisprudencial no sentido de que a competência absoluta da Justiça Federal, fixada na Constituição, é improrrogável por conexão, não podendo abranger causa em que a União, autarquia, fundação pública federal não for parte, o que, em princípio, sugere que o conflito em exame deva ser resolvido em favor da competência da justiça estadual. Os autos, entretanto, revelam uma peculiaridade que está a indicar solução diversa. É que na ação civil pública proposta perante o juízo suscitante discute-se a respeito da legalidade dos convênios celebrados entre a União Federal e o Estado do Rio Grande do Sul e com base em tais convênios é que o referido Estado está praticando os atos questionados pelo Município de Caxias do Sul, circunstância que revela a inequívoca relação de prejudicialidade entre as pretensões deduzidas nas duas ações civis públicas, na medida em que o eventual reconhecimento da nulidade dos convênios torna automaticamente inválido o procedimento de licitação (...) (fls. 104/105)."

Para isso, contudo, é preciso que ambas as justiças sejam competentes para julgar a causa, seja em razão da pessoa, seja em razão da matéria, permitindo-se a reunião em face da continência para evitar julgamentos contraditórios.⁸⁵

Ora, por outro lado, a simples presença do Ministério Público Federal em um dos polos do litígio ajuizado na Justiça Federal não é suficiente para atrair a competência da Justiça Federal, muito embora a cadeia dos precedentes e a súmula do STJ anteriormente citadas.

O enunciado da súmula e a jurisprudência que lhe deu origem estão em frontal desacordo com a jurisprudência recente da 1ª Turma do STF na matéria, e, neste ponto, merece ser revisada - conforme apontado no item anterior.

O enunciado da súmula não está de acordo, portanto, com as circunstâncias fáticas do que fora discutido nos precedentes que lhe deram origem, descumprindo o comando do art. 926, § 2º do CPC: "Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação". A sua redação é muito ampla e os fundamentos de fato e de direito não correspondem ao que foi cristalizado no texto.

Como já vimos no tópico anterior, as atribuições do Ministério Público não se confundem com a competência da justiça como divisão de tarefas entre os diversos órgãos jurisdicionais. Tudo o quanto ali se disse deve ser lembrado, para a compreensão desse enunciado.

Assim, a interpretação do n. 489 da súmula do STJ deve partir do pressuposto de que as causas somente poderão ser reunidas perante a Justiça Federal, se ela tiver competência objetiva (material ou em razão da pessoa) para julgar todas elas - e a presença do Ministério Público Federal não é suficiente para isso.

10.3. Intervenção como fiscal da ordem jurídica

O Ministério Público atua nas demandas coletivas ora como *fiscal da ordem jurídica*, ora como substituto processual.⁸⁶ Waldemar Mariz de Oliveira Jr. afirma que a substituição processual pelos órgãos do Ministério

85. Outras considerações relevantes para a decisão de reunião dos processos envolvem a necessidade de verificação real da continência, a preservação das medidas liminares concedidas, até a apreciação pelo juízo competente, bem como análise do estágio de julgamento dos processos que serão reunidos (não caberia, por exemplo, reunião de processos já julgados).

86. Exemplo da substituição processual pelo Ministério Público diverso do referente aos processos coletivos revela-se na anulação de casamento celebrado por autoridade incompetente (art. 1.549, do N.C.C.).

Público não implica necessariamente um interesse pessoal (ordinário) da instituição. Segundo a clássica obra sobre a substituição processual, apenas a característica de estar determinada a legitimidade em lei é suficiente para possibilitar a substituição, os membros do Ministério Público "não são insuflados por nenhum interesse pessoal".⁸⁷

Como já dito anteriormente, as demandas coletivas estão regradas para tutelar o interesse público primário; justifica-se por este motivo a especial preocupação com a participação do Ministério Público na realização deste intento.

Aliás, há norma expressa no sentido de impor a participação do Ministério Público como *fiscal da ordem jurídica*: "O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei" (art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985).

Há quem entenda que, sendo proposta a ação por membro do Ministério Público, dispensada é a sua intervenção.⁸⁸ Para um dos autores deste Curso (Fredie Didier Jr.) não parece correta a solução, pois são duas funções distintas, que devem ser exercidas por órgãos distintos do Ministério Público; ninguém pode atuar, com imparcialidade, como fiscal de si próprio. No sentido contrário, para o autor (Hermes Zaneti Jr.) não há necessidade, de regra, na dupla intervenção; defende que a unidade e a indivisibilidade na atuação do Ministério Público determinam que nas causas em que atua como agente sua atuação deva ocorrer como agente até o desiderato do processo, respeitada a independência funcional.⁸⁹

As duas posições são defensáveis e ambas comportam exceções. Por exemplo, quando a ação tiver sido movida pelo Ministério Público Estadual junto a Justiça Federal, o Ministério Público Federal atuará como fiscal do ordenamento jurídico, salvo tenha assumido como litisconsorte. Por outro lado, muito embora os tribunais insistam em afirmar que a atuação dos órgãos do Ministério Público nos tribunais, ressalvada a atribuição para

Cf. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1, p. 110.

87. OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1969, p. 135 e 172. Reforça esse posicionamento na conclusão (nº 11): "A expressão 'agir em nome próprio' deve ser devidamente interpretada, dentro de um plano estritamente formal. Significa fazer-se sujeito da relação processual, na qualidade de autor ou de réu; tal atitude, por parte do substituto, independe da existência ou não de um interesse seu pessoal (cf. nº 64)." (*Idem*, p. 175).

88. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.428.

89. Sobre a tormentosa questão da intervenção de mais de um órgão ministerial v., com bastante proveito, MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 570-575.

ações originárias, se dará sempre como fiscal do ordenamento jurídico, a atuação dos Procuradores de Justiça e dos Procuradores Regionais da República nas causas em que o Ministério Público for autor deveria ser na posição de órgãos agentes, inclusive para garantia da paridade de armas.⁹⁰

A discussão sobre se as diversas posições processuais do MP devem ser exercidas por órgãos diversos já chegou, incidentalmente, ao STF. Foi ajuizada uma reclamação constitucional contra o ajuizamento de uma ação civil pública por uma Procuradora da República. Essa mesma procuradora pediu a sua intervenção na qualidade de interessada na reclamação. Surgiu a controvérsia, pois, no STF, o Ministério Público é apresentado pelo Procurador-geral da República. Por seis votos a cinco, decidiu-se que não poderia a procuradora intervir, como o Ministério Público, embora participando do processo com funções distintas, deveria ser apresentado por um único membro, o PGR. Perceba-se que a votação foi muito apertada e praticamente todos os ministros que recusaram a participação de dois órgãos ministeriais já se aposentaram. Se o tema voltar a ser ventilado, é possível que outra seja a solução.⁹¹

10.4. Ministério Público e os direitos individuais homogêneos: função promocional dos relevantes interesses sociais

As maiores discussões a respeito do papel do Ministério Público nas demandas coletivas estão no campo da tutela dos direitos individuais homogêneos. O *Parquet* tem legitimidade para defesa de direitos patrimoniais disponíveis, pertencentes a titulares individuais? Se existe esta legitimidade, ela decorre da categoria dos direitos coletivos *lato sensu* ou de uma especial configuração destes direitos no processo?

90. O STJ entende que o Ministério Público Estadual possui legitimidade recursal para atuar como parte no Superior Tribunal de Justiça nas ações de improbidade administrativa, reservando-se ao Ministério Público Federal a atuação como fiscal da lei. AgRg no AREsp 528143/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 07/05/2015, DJE 14/05/2015; AgRg no REsp 1323236/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 10/06/2014, DJE 28/11/2014.

91. "Iniciado o julgamento de reclamação na qual se alega ter havido a usurpação da competência originária do STF para o julgamento de crime de responsabilidade cometido por Ministro de Estado (CF, art. 102, I, c), por juiz federal de primeira instância, em razão de ter julgado procedente ação de improbidade administrativa contra o então Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, assentou a ilegitimidade da Procuradora da República, autora da ação de improbidade, e da Associação Nacional do Ministério Público para, na qualidade de interessados, impugnarem a reclamação porquanto o Ministério Público Federal perante o Supremo Tribunal Federal é representado pelo Procurador-Geral da República. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio que reconheciam a qualidade de interessada à Procuradora da República nos termos do art. 159 do RISTF, por entenderem que os Procuradores da República que subscrevem a petição inicial qualificam-se como órgãos agentes e não como fiscais da lei, não havendo identidade de posição processual na causa com o Procurador-Geral da República (RISTF, art. 159: 'Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante'). Rel. Min. Nelson Jobim, 20.11.2002. (Rcl-2138).

A jurisprudência e a doutrina tendem a permitir o ajuizamento das ações, reconhecendo a legitimidade ativa, quer seja indisponível ou disponível o direito homogêneo alegado, desde que, neste último, se apresente com relevância social (presença forte do interesse público primário, neste sentido RE 611.311/GO, que definiu a legitimação do Ministério Público para ajuizar ação civil pública nos casos de discussão sobre DPVAT). Esta relevância social pode ser qualificada pela amplitude significativa do grupo (grande o número de direitos individuais lesados).⁹²

Nestes casos, não serão simples direitos individuais, mas interesses sociais que se converteram, em razão de sua particular origem comum, em direitos individuais homogêneos. A finalidade social afeta "sempre" o Ministério Público. Daí a feliz síntese de Hugo Nigro Mazzilli: "Ora, qual a finalidade do Ministério Público? Segundo a própria Constituição, é a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais (sempre) e dos interesses individuais (apenas se indisponíveis)".⁹³

O único freio ao ajuizamento de demandas coletivas pelo Ministério Público deverá ser, portanto, a existência de finalidade afeta à instituição, até porque a norma de fechamento prevista na Constituição Federal e repetida no CPC expressamente determina que é função institucional do MP: "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX)".

Contudo, podemos explorar um pouco mais este debate, na doutrina quatro posições foram identificadas quanto à legitimação do Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos:

92. Nesse sentido julgamento do STJ do qual se transcreve a ementa: "No caso *sub judice*, os beneficiários da demanda são, na sua maioria - ou arriscaria a dizer, todos eles - arrendatários de veículos. Por certo, não se encontrará um só que possa ser classificado como hipossuficiente. São em número inexpressivo, e pelo que se vê nos agravos já interpostos, muitos dos contratos têm por objeto automóveis de luxo, de elevado valor." (STJ, 3ª Turma, Resp. 267.499 - SC, Min. Ari Pargendler, j. 09.10.2001)
93. Entre muitos cf. MAZZILLI, Hugo Nigro, *Intervenção do Ministério Público no processo civil: críticas e perspectivas*, p. 160. Explicitando a lição aduz o autor: "Em suma, aponto três causas de atuação para o Ministério Público no processo civil: a) atuação em decorrência de uma indisponibilidade ligada à qualidade da parte; b) atuação em decorrência de uma indisponibilidade ligada à natureza da relação jurídica; c) atuação em decorrência de um interesse que, embora não seja propriamente indisponível, tenha tal abrangência ou repercussão social, que sua defesa coletiva seja conveniente à sociedade como um todo (expressão social do interesse)". *Idem*, p. 162. Esta também é a visão de Leonel: "Quanto à legitimação do Ministério Público, anote-se que está habilitado a promover em juízo a defesa de toda e qualquer espécie de interesse metaindividual, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo. Especificamente quanto aos coletivos e individuais homogêneos, é viável a atuação do *Parquet* em juízo, desde que a situação protegida seja ampla e relevante, ganhando conotação social." (LEONEL, Ricardo de Barros, *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 444).

- a) teoria ampliativa, reconhece a legitimação para a tutela de todos os direitos individuais homogêneos, pois estes são subespécie dos direitos coletivos;
- b) teoria restritiva absoluta, não reconhece a legitimação do Ministério Público para a tutela de nenhum direito individual homogêneo, pois o art. 129, III, fala apenas em direitos difusos e coletivos;
- c) teoria restritiva aos direitos individuais homogêneos indisponíveis, pois caberia ao Ministério Público apenas a tutela dos direitos individuais de caráter indisponível;
- d) teoria ampliativa eclética ou mista, reconhece a legitimação do Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos indisponíveis e disponíveis, desde que neles seja identificada relevância social.

Defendemos que o interesse social é sempre presente nas ações coletivas, o que determina a obrigatória intervenção como *fiscal* nos casos em que não tenha atuado como parte; nada obsta, contudo, que se faça algumas ponderações sobre a legitimação, aspecto diferente desse fenômeno.⁹⁴ A

94. Carlos Henrique Bezerra Leite conflita com esse entendimento, pelo menos em parte, dado a específica situação dos direitos do trabalhador. Mudando posicionamento anterior afirma "passamos a admitir, incondicionalmente, a legitimação do Ministério Público do Trabalho para promover a ação civil pública em defesa de quaisquer interesses individuais homogêneos trabalhistas (cf. *Ação civil pública: o novo jurisdição trabalhista metaindividual e legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001, pp. 193-204)". Seu entendimento funda-se na similitude com o direito norte-americano das *class actions*, fundado no tripé: a) permitir a aglutinação de diversos litígios individuais numa única demanda coletiva; b) amenizar barreiras psicológicas e técnicas que impedem ou dificultam o acesso individual da parte mais fraca; c) desestimular condutas sociais indesejáveis. Pois bem, havendo confluência desses itens não há dúvida, ao meu sentir, da legitimação do MP. Apenas havendo ocorrência do item "a", não basta para haver a legitimação do MP no Brasil atual, muito embora possa ser defendida a utilidade e superioridade na tutela coletiva desses direitos individuais (ação ajuizada por coletivizado com atuação do MP como *custos juris*). Transcrevemos o resumo do fundamento do autor "A teoria restritiva utiliza apenas a interpretação gramatical dos artigos citados e sustenta, em linhas gerais, até mesmo a sua inconstitucionalidade. A eclética, com a qual concordávamos [a qual eu/autor continuo filiado, com temperamentos, já que separo a legitimação da atuação *custos juris*, sempre obrigatória], emprega a interpretação sistemática dos arts. 129, III, e 127, da CF, mas somente admite condicionalmente a legitimação do MP, isto é, apenas para defender interesses individuais homogêneos indisponíveis ou que tenham relevância social. Finalmente, a teoria ampliativa, com a qual passamos a cerrar fileiras, vale-se tanto da interpretação sistemática quanto da extensiva e teleológica, na medida em que invoca os arts. 129, IX, e 127 da CF, combinados com o art. 1º do CDC. Essas normas aplicadas de forma integrada, tal como permitido pelos arts. 21 da LACP e 90 do CDC, autorizam a lição de que a defesa de quaisquer interesses individuais homogêneos constitui matéria de ordem pública e de interesse social, cuja defesa se amolda integralmente ao perfil institucional do Ministério Público, por força do inciso IX do art. 129 da CF. Afinal, os direitos ou interesses individuais homogêneos dos trabalhadores são sempre direitos sociais, ou direitos humanos de segunda dimensão, independentemente de serem disponíveis ou indisponíveis, estando, pois, ao abrigo incondicional da proteção Institucional do *Parquet*, ex vi do art. 127 da CF." Cita jurisprudência recente do TST (Recurso de Revista 810.597/2001.0). *Ministério Público do Trabalho*, p. 237.

teoria ampliativa eclética deve predominar.⁹⁵ Existem graus de interesse público. O interesse público que autoriza a atuação do Ministério Público como órgão agente é qualificado pela relevância social.

Aliás, esse é o sentido da "função promocional" do *Parquet*. O Ministério Público atua em todos os processos que existirem interesses públicos em conflito, mas irá promover a defesa dos direitos individuais homogêneos disponíveis apenas nos processos que apresentem relevância social.

O Ministério Público brasileiro mudou em 1988, de uma anterior tônica *estrutural*, preocupada com a correspondência direta de sua atuação nos modelos da "Era dos Códigos", privatista, individualista, reparadora e técnica; passou para uma ênfase na *função*, atuação social, proativa, coletiva e de equilíbrio das relações de poder, tendo por papel principal, atuar a Constituição e os direitos fundamentais e conformar o Estado – e as práticas privadas – à ideologia e à tábua de valores constitucionais.

A função promocional bem sintetiza uma mudança cultural com relação aos direitos e ao Estado: "constitui uma técnica de encorajamento em que o Estado passa a exercer uma intervenção normativa destinada a promover os valores e os objetivos por ele mesmo definidos". Rompe-se o círculo das discussões exclusivamente voltadas para as atribuições (conjunto de poderes colocados à disposição pelo ordenamento jurídico) agregando-se o papel de promoção e mudança no estado das coisas.⁹⁶

"Não por acaso a sociedade atribuiu ao promotor de justiça do passado o estigma de solene, grave e conservador – e por que não dizer carrancudo –, aquele que apenas atua na esfera penal e que, no cível, não sabe bem a que veio. Afinal, na ideologia do liberalismo o próprio direito era concebido como instrumento de manutenção de uma ordem pública em que o Estado deveria estar distante da atividade econômica. O direito atuava, portanto, somente de maneira a reprimir ilícitos – tudo que não é proibido é permitido – e o Ministério Público haveria de cumprir o papel de zelar por aquela ordem pública, historicamente determinada. Não há qualquer demérito em relação a esse tipo de atuação. O que importa assinalar, no entanto, é que tal função corresponde a uma lógica e uma ideologia condizentes com o sistema positivo do passado, inteiramente diversas das que hoje presidem o ordenamento jurídico. A passagem para o Estado social, portanto, coincide com a alteração do papel do direito, que adquire, conforme entreviu Norberto Bobbio, verdadeira função promocional,

95. Nesse sentido, com profunda exposição de suas razões, Teori Albino Zavascki. *Processo Coletivo*, 6ª ed., cit., p. 209-224 e ss.

96. Idéias já desenvolvidas por Carlos Henrique Bezerra Leite, fundado nas premissas de Gustavo Tepedino, no completo *Ministério Público do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 97 e ss.

identificada na intervenção normativa destinada a promover os valores definidos pelo Estado. Alteram-se radicalmente os parâmetros da ordem pública e os meios de tutelá-la."⁹⁷

Para exercer essa importante função promocional, de *alavanca* do sistema de freios e contrapesos, com o poder da *acionabilidade* em defesa desses direitos, a Constituição conferiu ao Ministério Público a *função* institucional de ajuizar a ação civil pública para tutela dos direitos difusos e coletivos, ao que se acrescentou mais tarde, com o Código de Defesa do Consumidor, a defesa dos direitos individuais homogêneos disponíveis e indisponíveis (STF, RE n. 163.231/SP).

Portanto, para saber se há legitimação do Ministério Público, ao lado do controle *ope legis*, pelo legislador, caberá um controle *ope iudicis*, pelo juiz, quanto à adequada representação pelo Ministério Público.

Mauro Cappelletti enalteceu a legitimação do Ministério Público brasileiro

"[ao] Ministério Público brasileiro, especialmente depois que a sua independência foi garantida, e também tendo em vista o fato de que várias seções especializadas em matéria de interesses difusos foram constituídas no âmbito dos Ministérios Públicos de várias cidades brasileiras [atua de forma diferente do europeu, vinculado ao executivo]. Fique bem claro que *independência* e *especialização* são as duas condições absolutamente necessárias para o sucesso da solução [...]".⁹⁸

Bom, o nosso Ministério Público não poderia ser mais especializado. Por isso está correta a tendência dos tribunais de reconhecer a legitimação do Ministério Público quando atua na tutela de direitos individuais homogêneos com relevante interesse social.

10.5. Ministério Público e o seguro decorrente do DPVAT: cancelamento do enunciado n. 470 da súmula do STJ

O STF decidiu pela legitimidade do Ministério Público para a defesa de beneficiários do chamado "seguro DPVAT". Trata-se de decisão em recurso com repercussão geral reconhecida, portanto com força de precedente obrigatório. A premissa é constitucional. Conforme já afirmado supra o

97. Gustavo Tepedino. "A Questão Ambiental, o Ministério Público e as Ações Cíveis Públicas". *Temas de Direito Civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 337-338.

98. Mauro Cappelletti. "L'Accesso alla Giustizia dei Consumatori". In: *Dimensione della Giustizia nella Società Contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 1994. p. 110.

Ministério Público tem legitimidade para a tutela de direitos individuais homogêneos disponíveis na presença de relevante interesse social.

"O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender 'interesses sociais'. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127). No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos. [...] Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT - Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09) -, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações." (RE 631111, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, acórdão eletrônico, DJE-213, divulg. 29-10-2014, public 30-10-2014)

Com a decisão o STJ cancelou o enunciado da súmula n. 470.

10.6. Ministério Público e proteção ao erário

A proteção do patrimônio público e social pelo Ministério Público é assegurada constitucionalmente pelos art. 127, caput e 129, III (CF/88).

Cândido Dinamarco, contudo, entendeu que a CF/88 vedou ao Ministério Público essa possibilidade. Extrai tal conclusão do enunciado do art.

129, IX, *in fine*: "(...) vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas". Ou seja, as pessoas jurídicas de direito público deveriam ser defendidas apenas pelas suas correspondentes procuradorias, pois contam com corpo técnico capacitado para tanto, não sendo este mister do Ministério Público.

"Por isso, são ilegítimas perante a Constituição as disposições de direito infraconstitucional que vão além, para afirmar a legitimidade do Ministério Público também para os litígios relacionados com o interesse do Estado como pessoa jurídica e, especialmente, destinados a anular atos administrativos e responsabilizar pessoas mediante condenação a repor recursos financeiros nos cofres públicos. Eventual direito dos entes estatais a essa providência tem titular perfeitamente definido, não sendo portanto difuso nem coletivo. Além disso, a Constituição Federal impõe a incompatibilidade do Ministério Público com funções ligadas à representação judicial e à consultoria de entidades públicas (art. 129, inc. IX), sendo indispensável o advogado para a representação dessas entidades no processo civil (art. 133)."

Pensamos diferente.

Aliás, esse pensamento já está consolidado na súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, nº 329: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público".

O Ministério Público não pode, porém, promover execução fiscal - essa tarefa seria simples representação judicial do ente público, o que lhe é vedado pela Constituição Federal. Por esta razão o STF entendeu também não ser o Ministério Público órgão legitimado para executar penalidades impostas pelo Tribunal de Contas (RE n. 687.756, Rel. Min. Teori Zavascki).

10.7. Ministério Público como parte e a prerrogativa funcional da reserva de "assento à direita do órgão jurisdicional" (Art. 41, XI, Lei n. 8.625/1993)

Há uma questão interessante, sem muita repercussão prática, mas com alta carga simbólica: quando o Ministério Público é parte em uma ação coletiva, em que local deve estar o membro do Ministério Público em uma audiência ou sessão em Tribunal?

99. DINAMARCO, Cândido, *Instituições de direito processual civil*, t. 2, p. 435.

A dúvida decorre da regra do inciso XI do art. 41 da Lei n. 8.625/1993: "Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: (...) XI - tomar assento à direita dos Juizes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma".

Alguns membros do Ministério Público têm exigido sentar-se ao lado direito do juiz durante a audiência. Assim, o réu e o seu advogado sentam-se à mesa da audiência, mas, do outro lado, não estaria a outra parte, já que o membro do Ministério Público estaria ao lado do magistrado. A cadeira ficaria vazia.

Não parece correta essa aplicação da prerrogativa institucional, adequada para as situações em que o Ministério Público exerce a função de fiscal da ordem jurídica, quando assume uma posição equidistante em relação aos litigantes. Como o Ministério Público, no caso, não é parte, reservar-lhe um lugar próprio na audiência, distinto daqueles reservados às partes, não parece ofender o devido processo legal. Nessas hipóteses, e somente nessas, a prerrogativa institucional justifica-se, até mesmo como técnica para manter, sob o ponto de vista simbólico, o equilíbrio e o respeito que devem existir entre a magistratura e o Ministério Público.

Permitir, porém, que o Ministério Público parte tenha assento em local distinto do da parte adversária é criar uma *segregação topográfica* na audiência, com forte carga simbólica, que não se fundamenta em nenhum outro direito fundamental. Ou seja: ofende-se a igualdade processual (e, pois, o devido processo legal), sem que disso se pretenda garantir qualquer outro direito fundamental. Trata-se de restrição indevida a um direito fundamental processual. Como se sabe, a distinção na ocupação dos *espaços* caracterizou-se, muita vez, como ofensa à igualdade, seja com a reserva de lugares para negros em transportes públicos, seja com a destinação de um espaço exclusivo das mulheres em cultos religiosos. Embora pareça uma questão de somenos, trata-se de conduta que deve ser observada, principalmente pelo Ministério Público, sempre alerta às ofensas aos direitos fundamentais dos cidadãos.

O raciocínio aplica-se também às sessões em tribunal. Se o Ministério Público pretender, por exemplo, proceder à sustentação oral do seu recurso, deve dirigir-se à tribuna, como qualquer litigante, e não sustentar diretamente do assento que lhe é reservado ao lado direito do Presidente do órgão colegiado.

11. DECISÃO ESTRUTURAL¹⁰⁰

Há um certo tipo de decisão que merece exame específico: a decisão estrutural ou decisão estruturante.

É difícil estabelecer um conceito analítico de *decisão estrutural*. Essa é uma concepção surgida nos Estados Unidos, a partir da postura mais ativa dos juizes que marcou a atuação do Poder Judiciário norte-americano entre 1950 e 1970¹⁰¹. Trata-se de concepção com viés muito pragmático; não há grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática desse tipo de decisão¹⁰².

Tudo começou em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se se chamou de *structural reform*¹⁰³.

Isso foi apenas o início. Segundo Owen Fiss, "The public school system was the subject of the Brown suit, but in time structural reform was broadened to include the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, public housing authorities, and social welfare agencies. Structural reform reached as far as the modern bureaucratic state"¹⁰⁴. Ou seja: o modelo de decisão proferida no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* expandiu-se e foi adotado em outros casos, de modo que o Poder Judiciário dos Estados Unidos, por meio de suas decisões, passou a impor amplas reformas estruturais em determinadas instituições burocráticas, com o objetivo de ver atendidas determinadas diretrizes constitucionais.

100. Escrito conjuntamente com Rafael Alexandria de Oliveira e reproduzido no v. 2 deste Curso.

101. JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 93. Os estudos desta matéria foram realizados originalmente por Owen Fiss, professor de Yale: FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and Its Alternatives. An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

102. Segundo Eduardo José da Fonseca Costa, "a processualística brasileira é dotada de uma invejável capacidade analítica para elaborar conceituações, definições, distinções, classificações e sistematizações. Entretanto, ela jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de hermenêutica jurídica. Ademais, ainda engatinha na arte pragmática de desvencilhar-se sem culpa de argumentos de coerência analítica para pautar-se naqueles que promovam maior praticidade de resultados" (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, v. 212, outubro/2012, p. 46).

103. FISS, Owen. "Two models of adjudication". In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 761.

104. FISS, Owen. "Two models of adjudication", cit. p. 761.

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos¹⁰⁵. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural¹⁰⁶. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas¹⁰⁷.

A decisão estrutural possui conteúdo complexo.

Normalmente, prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; não raro o seu preceito indica um resultado a ser alcançado - uma meta, um objetivo - assumindo, por isso, e *nessa parte*, a estrutura deontica de uma *norma-princípio*, com o objetivo de promover um determinado estado de coisas. Mas não só isso: é uma decisão que *estrutura* o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado - assumindo, por isso, e *nessa parte*, a estrutura deontica de uma *norma-regra*.

105. Litígio complexo, neste contexto, não é aquele que envolve discussão sobre tese jurídica complexa ou sobre muitas questões de fato, mas sim aquele que põe em rota de colisão múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela. Um bom ponto de partida para a compreensão sobre a litigiosidade complexa pode ser encontrado no pensamento de Edilson Vitorelli, ao cuidar dos por ele denominados *litígios de difusão irradiada*: "Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas da que existia originalmente." (LIMA, Edilson Vitorelli Dintz. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva". *Repercussões do novo CPC - processo coletivo*. Hermes Zanetti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 97-98)

106. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 521.

107. FISS, Owen. *Two models of adjudication*, cit., p. 761.

Para Edilson Vitorelli, "à medida que os processos de reforma estrutural avançaram, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados desejados. Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão"¹⁰⁸.

Sua principal característica é a acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos no processo, sejam eles particulares ou públicos¹⁰⁹.

Segundo Marco Félix Jobim, "quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar, é o Poder Judiciário que deverá intervir, em ambos os casos, por meio de processos individuais ou coletivos. A esse fenômeno dá-se o nome de ativismo judicial, em contraposição à autocontenção judicial, o que, em alguns casos, pode trazer benefícios e em outros prejuízos, sendo que o que ora se defende é que num ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior que a do erro"¹¹⁰. Para o autor, "o ativismo judicial utilizado de uma forma correta pode trazer benefícios extremos ao cumprimento das decisões emanadas das Cortes superiores"¹¹¹.

Outra característica marcante das decisões estruturais é que, muitas vezes, a decisão principal seguem-se inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal - é o que Sérgio Cruz Arenhart chama de *provimentos em cascata*¹¹². As decisões se sucedem e somente podem ser tomadas após o cumprimento das fases anteriores. A decisão atual, muitas vezes, depende do resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior.

"Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes

108. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 533.

109. Segundo Owen Fiss, a *structural reform* permite ao Poder Judiciário sair do isolamento em que se encontra quando é chamado a resolver litígios individuais ou privados (a chamada *dispute resolution*), alcançando-o ao posto de participante do governo e parte integrante do sistema político (FISS, Owen. *Two models of adjudication*, cit., p. 764).

110. JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*, cit., p. 104.

111. JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*, cit., p. 96.

112. ARENHART, Sérgio Cruz. "Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400.

para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase '*principiológica*', no sentido de que terá como principal função estabelecer a '*primeira impressão*' sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da '*decisão-núcleo*', ou para a especificação de alguma prática devida".¹¹³

Como exemplos, podemos citar a decisão que, visando à concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, estabelece um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos de uma determinada localidade. A decisão que, visando assegurar o direito à saúde e considerando o crescimento do número de casos de microcefalia numa determinada região e da sua possível relação com o zika vírus, estabelece impositivamente um plano de combate ao mosquito *aedes aegypti*, prescrevendo uma série de condutas para autoridades municipais. Ou ainda a decisão que, buscando salvaguardar direitos de minorias, impõe a inclusão, na estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dos povos africanos ou dos povos indígenas.

Mas os exemplos não se restringem aos casos em que o ente público é parte.

A decisão que decreta a falência, por exemplo, tem forte carga estrutural (art. 99, Lei 11.101/2005¹¹⁴), especialmente quanto à possibilidade de o

113. ARENHART, Sérgio Cruz. "Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro", cit., p. 400.

114. "Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: I – conterá a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores; II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados; III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência; IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1º do art. 7º desta Lei; V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei; VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do caput deste artigo; VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei; VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão "Falido", a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei; IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do caput do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea a do inciso II do caput do art. 35 desta Lei; X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras

juiz sentenciante determinar "as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas" (inciso VII), ou à possibilidade de nomear um administrador judicial (inciso IX) ou de determinar, "quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência" (inciso XII).

Outro exemplo no âmbito privado nos é dado por Sérgio Cruz Arenhart, ao tratar da Lei 12.529/2011, que estrutura o sistema de defesa da concorrência, permitindo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dentre outras coisas, efetivar suas decisões mediante intervenção na empresa (art. 96), inclusive formulando pedido de autorização judicial para intervenção e administração total da empresa (art. 107, § 2º)¹¹⁵.

"Um caso emblemático e um bom exemplo a ser seguido foi o 'Beatriz Mendonça', que correu perante a Suprema Corte da Argentina, em que compareceram como demandantes grupos de indivíduos afetados, diversas associações ambientalistas e o defensor do povo. Demandados foram o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e um grupo de 44 empresas que supostamente vertiam substâncias poluentes no rio. A Corte utilizou livremente seus poderes ordenatórios, flexibilizou o princípio preclusivo, pediu aos Estados a apresentação peremptória de um planejamento integrado e completo baseado no princípio da progressividade, para a obtenção de objetivos de forma gradual segundo um cronograma. Em julho de 2008 a sentença julgou definitivamente a questão, destacando que os efeitos da decisão se projetam para o futuro e fixando os critérios gerais para seu cumprimento, mas respeitando a maneira de cumpri-la, dentro da discricionariedade da administração. Na execução, previu a participação cidadã no controle do cumprimento do plano de saneamento e do programa fixado, encomendando ao defensor do povo a coordenação dessa participação, mediante a formação de um colegiado integrado pelas organizações não governamentais intervenientes

entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido; XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei; XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência; XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência".

115. ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., pp. 403-404.

na causa. A execução da sentença está ainda sendo cumprida de forma gradual e progressiva, observando o cronograma apresentado".¹¹⁶

O Supremo Tribunal Federal já proferiu algumas decisões que podem ser consideradas como estruturais.

No caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular n. 3.388/RR), por exemplo, o STF admitiu a demarcação de terras em favor de um grupo indígena, mas estabeleceu diversas "condições" para o exercício, pelos índios, do usufruto da terra demarcada, dentre elas, a necessidade de o usufruto ficar condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional, já que a terra indígena está situada em zona de fronteira do país¹¹⁷. Além disso, foram vivificados diversos marcos que precisariam ser considerados no processo administrativo para a identificação e demarcação de terras indígenas.

Esse caso é emblemático, porque revela um apanágio das decisões estruturais: a imposição de um regime jurídico de transição entre a situação anterior e aquela que se busca implantar, concretizando, assim, o princípio da segurança jurídica. Para Antonio do Passo Cabral, o poder de o órgão julgador criar uma "justiça de transição" (*mending justice*) entre a situação anterior e aquela que se pretende implantar seria implícito¹¹⁸, decorrente do princípio da proteção da confiança¹¹⁹.

Outro exemplo é a decisão proferida no Mandado de Injunção n. 708/DF, em que o STF cuidou do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis. Na oportunidade, constatou-se que a omissão legislativa quanto à regulamentação do tema persistia, a despeito de anteriores decisões em que se reconhecia haver mora dos órgãos legislativos. Entendeu-se que, para não se caracterizar uma omissão *judicial*, era preciso superar essa situação de omissão e, em face disso, determinou-se, dentre outras coisas, que se aplicasse ao caso a Lei n. 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores celetistas em geral, com as adaptações

116. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Seoul Conference 2014 - Constitution and proceedings - The Judiciary as an Organ of Political Control". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 249, pp. 26-27.

117. STF, Pet 3388, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19.03.2009, DJe 24.09.2009.

118. CABRAL, Antonio do Passo. *Cosa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 521, com amplas referências. O autor arremata: "Com efeito, muitas decisões de quebra de estabilidade devem ser acompanhadas por regras de transição para evitar uma ruptura das expectativas que pudessem ter sido criadas em favor da manutenção da posição estável, facilitando uma adaptação suave ao novo regramento. Nesse sentido, a edição de regras de transição não deve ser vista apenas como um poder estatal, mas como um dever decorrente da cláusula do Estado de Direito, com o correlato e respectivo direito individual". (CABRAL, Antonio do Passo. *Cosa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 521)

119. Sobre as regras de transição criadas pelo órgão jurisdicional no caso de quebra da estabilidade, indispensável a leitura de CABRAL, Antonio do Passo. *Cosa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 520-544.

devidas, "enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII)"¹²⁰.

Ao que parece, a decisão proferida pelo STF na ADPF 378, relativamente ao rito do processo de *impeachment* (Lei 1.079/1950), pode ser considerada como mais um exemplo de decisão estrutural, de acordo com notícia acessada no site do STF, "por maioria, os ministros entenderam que cabe à Câmara dos Deputados apenas autorizar o Senado a abrir o processo, cabendo ao Senado fazer o juízo inicial de instalação ou não do procedimento, quando a votação se dará por maioria simples. Fixaram também que a votação para escolha da comissão especial na Câmara deve ser aberta, sendo ilegítimas as candidaturas avulsas de deputados para sua composição, e que o afastamento do cargo de presidente ocorre após o processamento da denúncia pelo Senado"¹²¹.

A admissão das decisões estruturais pressupõe a revisão de diversos conceitos.

Em primeiro lugar, segundo Sérgio Cruz Arenhart, "é preciso um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da 'separação dos Poderes', percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público"¹²².

Como consequência disso, é preciso repensar a ideia de que o Judiciário não pode imiscuir-se na análise do chamado "mérito administrativo". Segundo ensina Eduardo José da Fonseca Costa, "quando o Poder Judiciário condena o Estado a implantar uma política até então inexistente, a complementar uma política deficiente ou a aperfeiçoar uma política ineficiente, o juiz da causa acaba imiscuindo-se em um elemento de 'mérito' da atividade administrativa e tendo alguma ingerência no desenho institucional da política pública pretendida"¹²³.

Além disso, é preciso que se admita certa atenuação da regra da congruência objetiva externa, que exige correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve, "de modo a permitir ao magistrado alguma margem de

120. STF, MI 708, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 30.10.2008.

121. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306611> > Acesso em 23 dez 2015.

122. ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 397. Também nesse sentido: VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judicial e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 146.

123. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012, p. 29.

liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado¹²⁴. Em casos tais, é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação. A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Sucede que nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível já no curso do processo. Daí a necessidade de ser maleável com a regra da congruência objetiva externa.

A flexibilidade da congruência objetiva supõe, por isso, que a interpretação do pedido (art. 322, § 2º, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Basta imaginar uma ação coletiva que diga respeito aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco, em Minas Gerais, em 2015, o maior acidente ambiental da história brasileira. O andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vai paulatinamente transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais.

Segundo essa perspectiva, o art. 493 do CPC também ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais. Ao autorizar e impor que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o legislador diz ao julgador que ele deve interpretar a demanda – e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural – segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência¹²⁵. A dinamicidade com que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna esse art. 493 do CPC uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados.

Por outro lado, enquanto a efetivação das decisões proferidas em processos não estruturais se dá, normalmente, de forma impositiva, é comum que a efetivação da decisão estrutural se dê de forma dialética, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como

124. ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 398.

125. Veja o exemplo das ações possessórias: admite-se, com base no art. 554 do CPC, que o juiz defira ao requerente a proteção possessória adequada à realidade atual dos fatos, ainda que distinta daquela que fora pleiteada quando do ajuizamento da demanda.

fruto de uma estrutura social a ser reformada¹²⁶. No Direito processual brasileiro, a base normativa para a execução das decisões estruturais, necessariamente atípica, decorre da combinação do art. 139, IV¹²⁷, com o art. 536, § 1º, ambos do CPC. Os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas.

Por fim, em razão da complexidade das matérias debatidas nos processos estruturais e da potencialidade de que as decisões aí proferidas atinjam um número significativo de pessoas, é preciso pensar em novas formas de participação de sujeitos no processo, como a admissão de *amicus curiae* e a designação de audiências públicas¹²⁸. As fórmulas tradicionais de intervenção pensadas para os processos individuais não são suficientes para garantir participação ampla nos processos estruturais.

12. PECULIARIDADES EM RELAÇÃO AOS RECURSOS

12.1. O interesse recursal

Costumava-se dizer que não se poderia recorrer apenas para discutir o fundamento da decisão; seria preciso discordar da conclusão a que chegou o órgão jurisdicional. Não haveria utilidade na discussão sobre os fundamentos, sem alterar a conclusão, pois a motivação não fica imutável pela coisa julgada material (art. 502, CPC)¹²⁹.

Sucede que, no caso dos processos coletivos, em que a coisa julgada é *secundum eventum probationis*, o raciocínio deve ser outro.

Nos casos em que a coisa julgada é *secundum eventum probationis*, não há coisa julgada se o juízo de improcedência se fundar na falta de prova; se a improcedência se fundar na inexistência de direito, há coisa julgada (art. 103, CDC).

126. VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judicial e processo coletivo estrutural*, cit., p. 151. Eduardo José da Fonseca Costa utiliza as expressões “execução negociada” e “execução complexa cooperativa” para descrever a participação dos sujeitos na efetivação de decisões que visam efetivar políticas públicas (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A “execução negociada” de políticas públicas em juízo*, cit., p. 41-42). Para ele, “o dia a dia forense tem mostrado, assim, que a execução forçada não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública” (idem, ibidem, p. 35).

127. JOBIM, Marco Félix. “A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zanetti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 230-232.

128. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. “Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 249, p. 26.

129. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12ª ed., cit., p. 302-303.

Assim, há interesse recursal do réu, por exemplo, em impugnar o fundamento de uma decisão, mesmo concordando com a conclusão de improcedência: ele pode desejar que a improcedência seja por inexistência de direito, e não por falta de prova, porque isso lhe traria o benefício da coisa julgada¹³⁰.

No recurso poderá a decisão que reforma a decisão recorrida deixar claro que não houve coisa julgada. Contudo, independentemente do resultado, a análise da insuficiência de prova irá ocorrer quando da nova ação. A prova nova poderá ser aquela não produzida no processo e aquela que somente foi conhecida após o trânsito em julgado, assim como, a prova decorrente de tecnologia que ainda não estava à disposição do autor à época do ajuizamento da ação. O requisito para análise da questão novamente é ser a prova nova capaz de alterar o resultado da decisão anterior.

12.2. O efeito suspensivo da apelação

O art. 14 da Lei nº 7.347/1985 diz o seguinte: "O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte".

Essa regra é de um tempo, que corresponde ao da redação originária do CPC-1973, antes da reforma de 1994-1995, em que: a) a apelação e o agravo de instrumento eram interpostos perante o juízo de primeiro grau; b) a apelação tinha, em regra, efeito suspensivo automático; c) cabia ao juízo de primeiro grau proceder ao juízo de admissibilidade provisório da apelação.

O dispositivo servia, então, a dois propósitos: a) retirar o efeito suspensivo automático da apelação contra sentença em processo coletivo¹³¹; b) atribuir ao juízo de primeiro grau a competência para dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou à apelação - essa que, como visto, de regra não o possuía.

Em razão do CPC-2015, o dispositivo precisa ser reinterpretado, pois a realidade normativa é bem diferente.

130. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12ª ed. cit., p. 302; JORGE, Flávio Cheim. "Embargos infringentes: uma visão atual". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis de acordo com a Lei 9.756/98. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 266-267; ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de processo civil, São Paulo, RT, 2000, v. 2, p. 194-195; ZARIF, Cláudio. "Sistema recursal nas ações coletivas". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais, São Paulo, RT, 2001, p. 211-212.

131. NERY JR., Nelson. NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extraviante em vigor, 5ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 1.553.

O agravo de instrumento é interposto diretamente no tribunal - isso, desde 1995; a apelação permanece sendo interposta perante o juízo de primeiro grau e ainda não produz, em regra, efeito suspensivo automaticamente, mas, agora, o juízo *a quo* não mais procede ao primeiro juízo de admissibilidade desse recurso.

Por isso, cabe ao tribunal, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 1.012 do CPC, examinar o pedido de efeito suspensivo à apelação interposta contra sentença em processo coletivo - e não mais ao juiz, como prescrevia o art. 14 da Lei n. 7.347/1985. Em relação a essa parte, o art. 14 da Lei n. 7.347/1985 foi revogado pelo CPC-2015.

Mas o art. 14 ainda tem uma serventia: ele esclarece que, no processo coletivo, a apelação é recurso *sem efeito suspensivo automático*, fugindo à regra geral do art. 1.012, *caput*, CPC.

Para encerrar, uma nota: observe, porém, que na ação popular a apelação tem efeito suspensivo quando interposta contra sentença que julgar procedente a demanda (art. 19, *caput*, Lei nº 4.717/1965).

12.3. REMESSA NECESSÁRIA

12.3.1 Generalidades

A Lei n. 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública) não prevê uma regra especial de remessa necessária. Diferentemente, o art. 19 da Lei n. 4.717/1965 (Lei de Ação Popular) determina que a sentença de "carência" ou de improcedência da ação popular submete-se à remessa necessária.

O CPC-2015 não se vale mais da expressão "carência de ação". Assim, o disposto no art. 19 da Lei n. 4.717/1965 deve ser compreendido como "sentença que reconhece a falta de interesse processual ou legitimidade *ad causam*" (art. 485, VIII, CPC).

Sobre o fim das categorias "carência de ação" e "condições da ação", ver o capítulo sobre a teoria da ação, no v. 1 deste Curso.

Fica, então, a dúvida: em ação civil pública, qual é o regime jurídico da remessa necessária?

Há quatro possibilidades: a) não há remessa necessária em ação civil pública; b) aplica-se a regra geral do CPC (art. 496);¹³² c) aplica-se, por

132. MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 388.

analogia, a regra da lei de ação popular,¹³³ d) aplicam-se ambos os regimes, porque não são incompatíveis.

Opta-se pela última solução.

Assim, condenada a Fazenda Pública em ação civil pública, há remessa necessária, nos casos previstos no art. 496 do CPC; julgada improcedente ação civil pública ou extinto o processo por ausência de interesse processual ou legitimidade (art. 485, VI, CPC), envolva ou não ente público, há, também, remessa necessária.

A opção é reforçada pela regra do § 1º do art. 4º da Lei 7.853/1989, que prevê a remessa necessária de sentença que extingue processo coletivo sem exame do mérito, instaurado para a tutela de direitos de pessoas portadoras de deficiência.

Há quem ainda proponha, coerentemente, que o apelo ao microsistema se dê apenas nos casos em que a ação civil pública tiver por objeto litigioso algo que também poderia ter sido objeto litigioso de uma ação popular. Assim, por exemplo, sentença de improcedência em ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos não se sujeitaria à remessa necessária.¹³⁴ Contudo essa solução não preserva a finalidade da remessa nos processos coletivos: preservar o interesse público primário na tutela do grupo.

Com o CPC-2015 as hipóteses de não aplicação da remessa necessária foram ampliadas, incluindo os precedentes obrigatórios e os precedentes administrativos (art. 496, § 4º). Quando deve ser ordenada a remessa necessária não há trânsito em julgado enquanto esta não ocorrer. Não encaminhados os autos pelo juiz o presidente do respectivo tribunal deverá avocá-los.

12.3.2. Remessa necessária e improbidade administrativa

Um ponto que tem gerado muita discussão diz respeito à aplicabilidade do art. 19 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) à ação de improbidade administrativa.

133. SAAD NETTO, Patrícia Mara dos Santos; GOMES Jr., Luiz Manoel. "O art. 475, Inciso II, do CPC e o sistema recursal nas ações civis públicas". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis e de outras formas de impugnação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2003, p. 445-446. STJ, 2ª T., AgRg no REsp n. 1.219.033/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 17.03.2011, publicado no DJe de 25.04.2011.

134. MOTTA JR., Eduardo de Carvalho. *Especificidades dos recursos, da remessa necessária e da suspensão de segurança no processo coletivo*. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010, p. 59-62.

Tal situação se deve ao fato de a 1ª Turma do STJ ter afirmado que a regra sobre a remessa necessária prevista no art. 19 da Lei da Ação Popular não se aplicaria às ações de improbidade. Isso porque a ação de improbidade se submete a procedimento próprio e específico previsto na Lei n. 8.429/1992, que não prevê remessa necessária; assim, a aparente lacuna legislativa não poderia ser vista como previsão incompleta que necessitaria de preenchimento por outro regramento. Eis a decisão:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. DANO AO ERÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE NÃO CONTEMPLA A APLICAÇÃO DO REEXAME NECESSÁRIO. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DA AÇÃO POPULAR. PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO. 1. Conheço e reverencio a orientação desta Corte de que o art. 19 da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), embora refira-se imediatamente a outra modalidade ou espécie acional, tem seu âmbito de aplicação estendido às ações civis públicas, diante das funções assemelhadas a que se destinam - proteção do patrimônio público em sentido lato - e do microsistema processual da tutela coletiva, de maneira que as sentenças de improcedência de tais iniciativas devem se sujeitar indistintamente à remessa necessária (REsp.1.108.542/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 29.05.2009). 2. Todavia, a Ação de Improbidade Administrativa segue um rito próprio e tem objeto específico, disciplinado na Lei 8.429/92, e não contempla a aplicação do reexame necessário de sentenças de rejeição a sua inicial ou de sua improcedência, não cabendo, neste caso, analogia, paralelismo ou outra forma de interpretação, para importar instituto criado em lei diversa. 3. A ausência de previsão da remessa de ofício, nesse caso, não pode ser vista como uma lacuna da Lei de Improbidade que precisa ser preenchida, razão pela qual não há que se falar em aplicação subsidiária do art. 19 da Lei 4.717/65, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual, devendo, portanto, ser interpretado restritivamente; deve-se assegurar ao Ministério Público, nas Ações de Improbidade Administrativa, a prerrogativa de recorrer ou não das decisões nelas proferidas, ajuizando ponderadamente as mutantes circunstâncias e conveniências da ação. 4. Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento do Recurso. 5. Recurso Especial do MINISTÉRIO PÚBLICO desprovido. (STJ, 1ª T., REsp n. 1.220.667/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 04.09.2014, publicado no DJe de 20.10.2014).

Ocorre que a questão não é unânime no próprio Superior Tribunal de Justiça. Existem diversos julgados da 2ª Turma e anteriores que, tendo em vista o microsistema do processo coletivo, entendiam ser aplicável o

regime jurídico da remessa necessária (art. 19 da Lei da Ação Popular) tanto às ações civis públicas quanto também às ações de improbidade administrativa (STJ, 2ª Turma, REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009; STJ, REsp 1.299.232/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Dje 14/12/12; STJ, REsp 1.257.587/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Dje 16/11/11; STJ, REsp 1.218.063/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Dje 26/4/11).

Neste Curso, defendemos a aplicabilidade do microssistema à ação de improbidade administrativa em tudo que não chocar com seus objetivos e finalidade próprias; não nos parece que a garantia maior prevista no procedimento da improbidade afaste a remessa necessária: há interesse público suficiente para manter o acerto da revisão da matéria pelo tribunal, logo, justificada está a remessa necessária como regra.

Neste caso, o STJ, como tribunal que fixa a interpretação do direito infraconstitucional garantindo a sua unidade, deverá formar um precedente que permita afastar a controvérsia.

Parece, portanto, que, por ser decisão de turma, a questão ainda não está pacificada na jurisprudência do STJ, não formando precedente nos termos do art. 927 do CPC. Por esse motivo, foram interpostos Embargos de Divergência do julgamento do REsp 1.220.667/MG, que se encontram em julgamento pela 1ª Seção do STJ; decidida a questão pela Seção, que por ser exclusiva nesta matéria faz às vezes de tribunal pleno ou corte especial, entendemos que se formará o precedente por analogia ao art. 927, V, CPC c/c a disciplina e a função dos embargos de divergência (art. 1.043 e 1.044, CPC).

12.4. Agravo de instrumento na ação de improbidade administrativa

O agravo de instrumento é recurso cabível somente contra *algumas* decisões interlocutórias proferidas no processo de conhecimento. É preciso que a decisão interlocutória seja uma daquelas previstas no rol do *caput* do art. 1.015 do CPC.

O inciso XIII do art. 1.015 do CPC autoriza que a lei preveja outras hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, além daquelas previstas no *caput* do art. 1.015.

Uma dessas hipóteses é exatamente a decisão interlocutória que admite a petição inicial da ação de improbidade administrativa, conforme dispõe o §10 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992: "§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento".

12.5. Agravo de instrumento na ação popular.

O §1º do art. 19 da Lei n. 4.717/1965 (Lei de Ação Popular) dispõe que "das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento".

A Lei de Ação Popular foi promulgada ao tempo do CPC-1939, cujo sistema de impugnação das decisões interlocutórias previa o cabimento do agravo de instrumento (art. 842, CPC-1939), em hipóteses típicas, e o agravo no auto do processo, em outro rol de hipóteses típicas (art. 852, CPC-1939).

A Lei n. 4.717/1965 optou, como se vê, por uma solução diferente: todas as decisões interlocutórias seriam impugnáveis por agravo de instrumento.

O CPC-2015 estruturou um sistema parecido com o do CPC-1939. Conforme lembrado no item anterior, o agravo de instrumento é recurso cabível somente contra *algumas* decisões interlocutórias proferidas no processo de conhecimento. É preciso que a decisão interlocutória seja uma daquelas previstas no rol do *caput* do art. 1.015 do CPC. Não há mais a figura do agravo no auto do processo; agora, as decisões interlocutórias proferidas no processo de conhecimento que não sejam impugnáveis por agravo de instrumento podem ser impugnadas por apelação (art. 1.009, §1º, CPC).

Há quatro exceções. Todas as decisões interlocutórias proferidas em a) execução; b) cumprimento de sentença; c) liquidação e d) inventário e partilha são impugnáveis por agravo de instrumento (art. 1.015, par. ún., CPC).

Há, portanto, duas regras: a) rol taxativo de decisões agraváveis (art. 1.015, *caput*, CPC); b) todas as decisões interlocutórias agraváveis (art. 1.015, par. ún., CPC).

Surge, então, a seguinte indagação: como interpretar o §1º do art. 19 da Lei de Ação Popular, tendo em vista a superveniência do CPC-2015? Todas as decisões interlocutórias proferidas no processo da ação popular são agraváveis, ou apenas aquelas que se subsumam ao rol do *caput* do art. 1.015 do CPC?

Parece que a solução dogmaticamente mais adequada é a de considerar que todas as decisões interlocutórias proferidas no processo da ação popular podem ser impugnadas por agravo de instrumento.

Se a regra foi construída num tempo em que as hipóteses de agravo de instrumento eram taxativas, à semelhança do que é hoje, com o CPC-2015,

e havendo hoje uma regra excepcional que permite a impugnação geral das interlocutórias por agravo de instrumento (art. 1.015, par. ún., CPC), parece mais coerente compreender o disposto no art. 19, §1º, da Lei 4.717/1965 como uma *quinta exceção*, ao lado das outras quatro previstas no par. ún. do art. 1.015 do CPC.

A regra do art. 19, §1º, da Lei n. 4.717/1965 configurava-se como uma especialização do procedimento da ação popular, em relação ao procedimento comum previsto no CPC-1939. Mantém-se a regra, atualmente, como uma especialização do procedimento da ação popular em relação ao procedimento comum previsto no CPC-2015. Assim, incide a regra do §2º do art. 1.046 do CPC-2015: "§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código".

CAPÍTULO 12

Coisa Julgada

Sumário - 1. Noções gerais sobre o regime jurídico da coisa julgada - 2. Regime jurídico da coisa julgada coletiva: 2.1. Nota introdutória; 2.2. Coisa julgada coletiva nas ações que versam sobre direitos difusos ou coletivos; 2.3. Coisa julgada coletiva nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos - 3. Repercussão da coisa julgada coletiva no plano individual (§§ 2º e 3º do Art. 103 do CDC) - 4. Alguns posicionamentos doutrinários críticos à extensão da coisa julgada ao plano individual *secundum eventum litis* - 5. Transporte *in utilibus* da coisa julgada penal coletiva para a esfera coletiva e individual (Art. 103º, § 4º, CDC) - 6. Coisa julgada na ação de improbidade administrativa - 7. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo - 8. Coisa julgada coletiva e os diversos procedimentos para a tutela coletiva - 9. Art. 16 da Lei nº 7.347/1985 e o Art. 2º da Lei nº 9.494/1997: os limites territoriais da "coisa julgada". O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA

Considera-se a coisa julgada como a situação jurídica que torna indiscutível o conteúdo de determinadas decisões jurisdicionais. A coisa julgada compõe o conteúdo inerente ao direito fundamental à segurança jurídica.¹

O regime jurídico da coisa julgada coletiva é bastante diferenciado em relação ao do processo individual. É um dos aspectos mais peculiares da tutela jurisdicional coletiva.²

Considera-se regime jurídico da coisa julgada o conjunto normas jurídicas que estruturam o fenômeno coisa julgada, dando-lhe feições, contornos e características próprios. Trata-se do seu perfil dogmático.

O regime jurídico da coisa julgada é visualizado a partir da análise de três dados: a) os *limites subjetivos* - quem se submete à coisa julgada; b) os *limites objetivos* - o que se submete aos seus efeitos; c) e o *modo de produção* - como ela se forma.

Em relação aos *limites subjetivos*, a coisa julgada pode ser *inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes*.

1. Sobre o Instituto da coisa julgada cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 10ª ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 513-560.

2. Nesse sentido, entre outros: NUNES, Bruno José Silva. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: D'plácido, 2015, p. 157-159.

A coisa julgada *inter partes* é aquela a que somente se vinculam as partes. Subsiste nos casos em que a autoridade da decisão passada em julgado só impõe o caráter de indiscutibilidade para aqueles que figuraram no processo como parte. Trata-se da regra geral para o processo individual.

A coisa julgada *ultra partes* é aquela que atinge não só as partes do processo, mas também *determinados* terceiros. Os efeitos da coisa julgada estendem-se a terceiros, pessoas que não participaram do processo, vinculando-os. É o que ocorre, geralmente, nos casos em que há substituição processual, em que o substituído, apesar de não ter figurado como parte no processo, terá sua esfera de direitos alcançada pelos efeitos da coisa julgada (mais abaixo veremos que nos processos coletivos nem sempre é assim).

A coisa julgada *erga omnes*, por fim, é aquela cujos efeitos atingem a todos - tenham ou não participado do processo. É o que acontece com a coisa julgada oriunda dos processos de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF).

Não é demais alertar que há quem não diferencie a coisa julgada *ultra partes* e coisa julgada *erga omnes*,³ o que não é de todo equivocado: de fato, uma coisa julgada nunca submete todos, em qualquer lugar; apenas alguns terceiros, que mantivessem algum vínculo com a causa, poderiam ser atingidos pela decisão. Não obstante, existe uma razão dogmática para a diferenciação, pois, no caso dos direitos coletivos brasileiros temos, de acordo com o nosso Direito positivo, há extensão da coisa julgada *erga omnes*, para os direitos difusos, e *ultra partes*, para os direitos coletivos em sentido estrito (art. 103, I e II do CDC). Essa distinção tem relação direta com a titularidade dos direitos, no primeiro caso grupo de pessoas indeterminadas; no segundo, grupos, categorias ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Em relação aos limites objetivos, a regra é submeter à coisa julgada o conteúdo da norma jurídica individualizada, decorrente do dispositivo da decisão, que julga o pedido (a questão principal). Pode haver, entretanto, a extensão da coisa julgada a resolução das questões prejudiciais incidentes, que se encontra na fundamentação da decisão, uma vez observados os pressupostos dos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC. A solução das demais questões na fundamentação (incluindo a análise das provas) não fica indiscutível pela coisa julgada. O regime jurídico da coisa julgada coletiva nada tem de especial. Segue-se, aqui, a regra geral.

Quanto ao seu modo de produção, há três diferentes tipos de coisa julgada.

3. GICA, Antonio. *Coisa julgada e indiscutibilidade em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 108-112.

Em primeiro lugar, temos a coisa julgada *pro et contra*, que é aquela que se forma independentemente do resultado do processo, do teor da decisão judicial proferida. Pouco importa se de procedência ou de improcedência, a decisão definitiva ali proferida sempre será apta a produzir coisa julgada. Essa é a regra geral, amplamente difundida países latino-americanos.

Em segundo lugar, temos a coisa julgada *secundum eventum litis* que é aquela que somente é produzida quando a demanda for julgada procedente. Se a ação for julgada improcedente, ela poderá ser reproposta, pois a decisão ali proferida não produzirá coisa julgada material. Este regime não é bem visto pela doutrina, pois trata as partes de forma *desigual*, colocando o réu em posição de flagrante desvantagem.

Em terceiro lugar, há ainda a coisa julgada *secundum eventum probationis*, que é aquela que só se forma apenas em caso de esgotamento das provas: se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas. A decisão judicial só produzirá coisa julgada se forem exauridos todos os meios de prova. Se a decisão proferida no processo julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não formará coisa julgada. A coisa julgada é, também aqui, *pro et contra*, pois surge independentemente do resultado da demanda, mas poderá ser revista se houver outra prova. Mitiga-se a eficácia preclusiva da coisa julgada material. Na verdade, a decisão é considerada uma decisão sem enfrentamento do mérito, a questão não é decidida ou é decidida sem o caráter de definitividade em face de a própria cognição revelar-se *secundum probationem*.⁴ Assim, considera-se excepcionada, nesses casos, a vedação ao *non liquet* em matéria probatória.

2. REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA COLETIVA

2.1. Nota introdutória

Inicialmente, cumpre lembrar que a coisa julgada coletiva, ponto central na conformação do devido processo legal coletivo, apresenta dois aspectos que centralizam todas as discussões a respeito do tema: a) de um lado, o risco de interferência injusta nas garantias do membro do grupo, que poderia ficar sujeito à "imutabilidade" de uma decisão da qual não

4. Entre outros exemplos podemos citar o mandado de segurança, o habeas corpus e os processos coletivos em geral, como se verá. Na doutrina: GRINOVER, A. P.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A. *Recursos no processo penal*, p. 378-379; WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, 2ª ed. p. 119-120 e nota 169; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, p. 281-286, entre outros.

participou: o problema decorre da circunstância de o legitimado à tutela coletiva ser em regra um ente que não é o titular do direito coletivo em litígio (legitimação extraordinária); b) de outro lado, o risco de *exposição indefinida do réu ao Judiciário* ("No person should be twice vexed by the same claim")⁵ e a necessária *estabilidade jurídica* para o Estado ("It is in the interest of the state that there be an end to litigation")⁶: é preciso, de outro lado, proteger o réu, que não pode ser demandado infinitas vezes sobre o mesmo tema, e limitar o poder do Estado, que não pode estar autorizado a sempre rever o que já foi decidido.

Estabelecidas as premissas teóricas, pode-se examinar o regime jurídico da coisa julgada coletiva, que está estabelecido no art. 103 do CDC, que funciona como a regra geral do microsistema da tutela coletiva.

"Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I - 'erga omnes', exceto se o pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - 'ultra partes', mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - 'erga omnes', apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81."

Examinemos as hipóteses separadamente.

2.2. Coisa julgada coletiva nas ações que versam sobre direitos difusos ou coletivos

Como se pode perceber, a opção legislativa, em relação aos direitos difusos e coletivos, foi estabelecer o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Em relação aos direitos difusos, optou-se pela coisa julgada *erga omnes*; em relação aos direitos coletivos, *ultra partes*.

Bem pensadas as coisas, a coisa julgada é *erga omnes* ou *ultra partes* porque a situação jurídica litigiosa é coletiva. Como se trata de

5. Friedenthal, KANE e MILLER. *Civil procedure*, p. 614-6 apud GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 228.

6. Friedenthal, KANE e MILLER. *Civil procedure*, p. 614-6 apud GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 229.

situação jurídica titularizada por um grupo, todo o grupo, e por consequência os seus membros, fica vinculado à coisa julgada. A coisa julgada diz respeito apenas à relação jurídica discutida, que, pelas suas peculiaridades, é uma relação jurídica de grupo. A premissa ajuda a compreender a razão pela qual a distinção entre *ultra partes* e *erga omnes*, no caso, é um tanto cerebrina: a coisa julgada atingirá todo o grupo, e seus membros; se o grupo é composto por pessoas indeterminadas, direito difuso, ou se ele é composto por pessoas determináveis, direitos coletivos, é dado sem maior importância, pois a coisa julgada sempre vinculará o grupo e os seus membros; de toda sorte, como referimos, trata-se de parâmetro legal. Esse parâmetro irá auxiliar mais adiante na identificação da coisa julgada nos direitos individuais homogêneos.

A regra permite, ainda, que qualquer legitimado, inclusive aquele que propôs a demanda julgada improcedente, possa voltar a juízo com a mesma demanda, lastreada em nova prova, de qualquer espécie (documental, testemunhal, pericial etc.).

A regra já era extraível dos demais diplomas do microsistema. As locuções "exceto se o pedido foi julgado improcedente por falta de provas" (art. 103, I) e "salvo improcedência por insuficiência de provas" (art. 103, II) traduzem essa característica dos processos coletivos, presente igualmente no art. 16 da Lei n. 7.347/1985 ("exceto se o pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas") e no art. 18 da Lei n. 4.717/1985 ("exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova").

Obviamente, essa prova deve ser suficiente para um novo juízo de direito acerca da questão de fundo. Não basta a prova que, embora nova, não possibilite novo resultado. A opção pela coisa julgada *secundum eventum probationis* revela o objetivo de prestigiar o valor *justiça* em detrimento do valor *segurança*, bem como preservar os processos coletivos do conluio e da fraude processual.

7. Explicando o regime da coisa julgada na ação popular brasileira (espécie de ação coletiva), também *secundum eventum probationis*, Barbosa Moreira: "Em suas linhas gerais, é bastante conhecido o problema, aliás comum à extensa classe de ações, de que a ação popular brasileira apenas um (mais bem característico) exemplo. Ele concerne sobretudo à hipótese de improcedência do pedido, na qual se faz necessário afastar, ou pelo menos abrandar, os riscos das soluções extremas. De um lado, se se limitar o âmbito de atuação da coisa julgada ao cidadão que propôs a ação popular, expõem-se o ato discutido a uma série teoricamente indefinida de impugnações idênticas, como manifesto detrimento para a economia processual e sensível prejuízo para a atividade de pessoa jurídica de que ela emanou, sujeita que fica à perturbação e ao desconforto de sucessivas investidas". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 122).

Importante ressaltar que o julgamento por insuficiência de provas não precisa ser expresso.⁸ Deve, contudo, decorrer do conteúdo da decisão que outro poderia ter sido o resultado caso o autor comprovasse os fatos constitutivos de seu direito. Pode o legitimado propor novamente a demanda, desde que demonstre ao juiz que essa nova prova se mostra suficiente para eventualmente resultar na procedência do pedido. A *prova suficiente* é um requisito específico das ações coletivas⁹. Não há necessidade, enfim, de a decisão ser clara: "julgo improcedente por falta de provas". Sem dúvida, porém, essa "fórmula" é a mais conveniente, uma vez que deixa evidente para as partes que não se trata de decisão estabilizada quanto ao mérito.

Certamente, esse regime jurídico diferenciado de coisa julgada será mais útil nas causas coletivas em que há necessidade de produção de meios de prova relacionados à tecnologia, como acontece com as causas ambientais e que envolvem o direito à saúde. Nessas hipóteses, é razoável imaginar que, com o progresso natural da ciência, surjam outras técnicas de provar fatos relevantes para a configuração dos respectivos ilícitos. Em causas coletivas em que se discute apenas uma tese jurídica, como naquelas em que se afirma a abusividade de certa cláusula contratual, será mais difícil imaginar o surgimento de outra prova, que não a documental, que pudesse dar ensejo a novo processo.

Somente a prova capaz de levar a um "diferente resultado" é hábil a ultrapassar o juízo de admissibilidade da ação coletiva reproposta.¹⁰

Convém observar, ainda, que a decisão de *procedência* ou de *improcedência*, com *esgotamento de prova*, está apta a tornar-se indiscutível no

8. Nesse sentido: KLIPPEL, Rodrigo; RODRIGUES, Marcelo Abella. *Comentários à Tutela Coletiva (Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Popular)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 100.

9. No mesmo sentido, é requisito específico da ação de mandado de segurança a prova documental pré-constituída ("direito líquido e certo"); da ação executiva, o título executivo; da ação monitória, a "prova escrita da obrigação" etc.

10. Vale destacar que o conceito de prova nova aqui é distinto daquele presente na ação rescisória: "não poderíamos deixar de fixar o conceito de 'prova nova' senão como aquele elemento probatório inédito ao juízo, produzido antes, durante ou depois da propositura da primeira ação julgada improcedente, dotado de uma força probante suficiente a gerar na mente do julgador, minimamente, uma aparência de êxito à nova ação deflagrada" (ALVES, Gustavo Silva; PRETTI, Cássio. A coisa julgada secundum eventum probationis e a possibilidade de revisão das decisões por prova nova: conceito de prova nova para o processo coletivo. In: *Revista Eletrônica Processos Coletivos*, v. 6, n. 3, out-dez. 2015). No mesmo sentido: "a ideia de 'nova prova' pode ser contemporânea ao fato probando e não provado, como, também, pode ser posterior. Mas parece que é necessário que essa 'nova prova' possa apresentar o êxito da ação coletiva. Ou, é preciso que o juiz disso se convença, *in limine litis*, ainda que, por certo, possa vir a julgar improcedente a segunda ação também" (ALVIM, José Manoel de Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, vol. 2, p. 153).

âmbito coletivo. Ou seja, nessas situações, não será admissível a repropósito da demanda coletiva, mesmo que por outro legitimado.

Não é correto, portanto, dizer que a coisa julgada coletiva é estritamente *secundum eventum litis*; o que é segundo o resultado do litígio é a sua *extensão*, apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais:

"Rigorosamente, a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria assim, se ela se formasse nos casos de procedência do pedido, e não nos de improcedência. Mas não é exatamente isso o que acontece. A coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*"; "O que diferirá com o 'evento da lide' não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão 'erga omnes' ou 'ultra partes' à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva"¹¹.

A lição é correta e precisa ser difundida, para a correta compreensão da regra do microsistema.

2.3. Coisa julgada coletiva nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos

O inciso III do art. 103 do microsistema cuida da coisa julgada coletiva nas ações que tratam dos direitos individuais homogêneos. Eis a redação: "III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81".

A redação é um tanto lacunosa. Deixa claro que haverá extensão da coisa julgada para o plano individual no caso de procedência do pedido da ação coletiva.¹²

Não há regimento, no entanto, da *coisa julgada coletiva*, somente da *extensão da coisa julgada coletiva ao plano individual*. Talvez isso decorra

11. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 73-74.

12. Perceba, não se trata de transporte *in utilibus* (*infra*), pois essa já é a finalidade da ação para tutela dos direitos individuais homogêneos. Os direitos individuais homogêneos, como vimos, é uma ficção jurídica para possibilitar a tutela coletiva, constituídos de três fases na sua tutela: a) direitos coletivos em sentido amplo até a sentença no processo de conhecimento; b) direitos individuais para fins de liquidação e execução; c) direitos coletivos em sentido amplo caso não ocorra a liquidação e execução em número compatível com a gravidade do dano (*fluid recovery*).

fases da tutela do D.I.H

do equívoco de considerar a ação envolvendo direitos individuais homogêneos como uma demanda individual tutelada coletivamente, e não como uma autêntica ação coletiva. Conforme a premissa estabelecida neste *Curso*, essa ação é coletiva, pois os direitos individuais homogêneos pertencem, por ficção, a um grupo de indivíduos.

Assim, parece que, aplicando o princípio hermenêutico de que a solução das lacunas deve ser buscada no microsistema coletivo, se pode concluir que se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no âmbito coletivo; se julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo, seguindo o modelo já examinado para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito.

Contudo, a doutrina dominante não pensa assim, adotando a interpretação literal do dispositivo do inciso III, que não prevê a exceção da coisa julgada no caso de insuficiência ou falta de provas.¹³

3. REPERCUSSÃO DA COISA JULGADA COLETIVA NO PLANO INDIVIDUAL (§§ 2º E 3º DO ART. 103 DO CDC)

A cognição nos processos coletivos é mais ampla para alcançar a decisão de mérito e mais bem proteger os direitos coletivos. Lembramos que os processos coletivos têm dupla finalidade: tutelar os novos direitos (direitos de grupo) e resolver os litígios repetitivos.

Justamente por isso, considerando a maior certeza nos juízos de procedência, o CDC estabeleceu que a coisa julgada coletiva estende os seus efeitos ao plano *individual in utilibus*: o indivíduo poderá valer-se da coisa julgada coletiva para proceder à liquidação dos seus prejuízos e promover a execução da sentença (art. 103, § 3º). Trata-se do denominado *transporte in utilibus da coisa julgada coletiva para o plano individual*.

Isso significa que se, por um lado, a sentença coletiva de improcedência do pedido não produz efeitos na esfera individual, não prejudicando as pretensões individuais (art. 103, § 1º, CDC¹⁴), por outro, a sentença de procedência nas ações para tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* poderá ser liquidada e executada no plano individual sem a necessidade de um novo processo para a afirmação do *an debeatur* (o que é devido).

13. LENZA, Teoria geral da ação civil pública, p. 286; GRINOVER, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, p. 926 e 933.

14. "Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicam interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe".

Assim, os titulares dos direitos individuais homogêneos poderão promover ação de indenização dos seus prejuízos. A coisa julgada coletiva irá beneficiá-los do mesmo modo que a sentença penal condenatória beneficia os titulares de direitos civis decorrente de ilícito penal¹⁵.

Assim, uma sentença coletiva que verse sobre direitos difusos pode servir de título para uma execução coletiva e para uma execução individual, proposta pela vítima que se beneficiou do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva. Obviamente, antes de executar a decisão, o indivíduo deverá proceder à liquidação do seu crédito, em que deverá demonstrar, inclusive, a existência do dano e do nexo de causalidade entre a conduta do réu e esse prejuízo. Tudo isso é examinado no capítulo sobre a liquidação e a execução nos processos coletivos.

É importante registrar que a coisa julgada coletiva serve ao indivíduo membro da coletividade, independentemente de ele ser formalmente membro deste grupo. Explica-se. A coisa julgada proveniente de um processo conduzido por um sindicato ou associação não beneficia apenas os indivíduos sindicalizados ou associados. Todo aquele que pertencer ao grupo (categoria ou grupo de vítimas, p. ex.) poderá valer-se da coisa julgada coletiva para obter a proteção em sua esfera jurídica individual¹⁶. Assim, é inconstitucional a restrição imposta pelo art. 2º-A, caput e § 1º da Lei n. 9.494/1997, que determina a limitação da coisa julgada a alguns associados e ao domicílio no âmbito territorial do órgão prolator da decisão.¹⁷ Quer sejam eles associados ou não na época dos fatos, quer sejam eles residentes ou não na mesma localização geográfica, quer sejam eles associados ou não da própria associação, nos processos coletivos o acesso à justiça é amplo, nos termos da Constituição, para alcançar toda a situação jurídica coletiva lato sensu (difusa, coletiva stricto sensu ou individuais homogêneos) e a todos deverá beneficiar a coisa julgada favorável, sem exceção, em razão da indivisibilidade do direito coletivo.

15. GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, cit., p. 73-74.

16. De certa forma, o STJ adota o mesmo entendimento, ao afirmar, em determinado caso concreto, que "o servidor público integrante da categoria beneficiada, desde que comprove essa condição, tem legitimidade para propor execução individual, ainda que não ostente a condição de filiado ou associado da entidade autora da ação de conhecimento" (STJ, 2º T., AgRg no AREsp n. 232.468/DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 16.10.2012, publicado no DJe de 25.10.2012); De forma semelhante: STJ, 1º T., AgRg no AREsp n. 201.794/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 04.04.2013, publicado no DJe de 11.04.2013.

17. "Ademais, o dispositivo legal, ao restringir a coisa julgada aos substituídos que tiverem na data do ajuizamento da ação domicílio no âmbito da competência territorial também permite a disseminação de decisões contraditórias, ferindo o princípio da igualdade". (NUNES, Bruno José Silva. Coisa julgada nas ações coletivas. Belo Horizonte: D'plácida, 2015, p. 209).

Muito importante!

Por outro lado, se o indivíduo intervier na ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos, atendendo ao edital previsto no art. 94 do CDC, a coisa julgada coletiva lhe afetará, inclusive se se tratar de decisão pela improcedência do pedido. Trata-se de aplicação do § 2º do art. 103 do CDC: "Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual". Trata-se de regra bem razoável: se a extensão da coisa julgada à esfera individual é *secundum eventum litis* e há possibilidade de intervenção do indivíduo na ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, é porque essa intervenção deve vincular o interveniente à decisão coletiva. Caso contrário, qual seria o sentido da possibilidade de intervenção? Esse indivíduo atua como legitimado ordinário, na defesa do próprio direito, constante do feixe de direitos homogêneos. Como participa do contraditório efetivo, vincula-se à coisa julgada.

Rumo: essencial

Perceba que, nas ações coletivas, é possível que surja uma destas situações: a) demanda julgada procedente: coisa julgada material no âmbito coletivo, com extensão a todos os membros do grupo (*erga omnes* ou *ultra partes*, conforme a locução legislativa); b) a demanda julgada improcedente, por insuficiência de provas: não há coisa julgada, autorizada nova propositura, fundada em novas provas, por qualquer legitimado, inclusive aquele que perdeu a causa originária, bem como em nada afeta o possível ajuizamento de ação individual; c) a demanda é julgada improcedente, com suficiência de provas: há coisa julgada no plano coletivo, ficando vedadas as demandas coletivas por outros legitimados e versando sobre o mesmo objeto, não impedindo, porém, o ajuizamento de ação individual.

O tema é polêmico. Não há consenso no direito comparado. A questão é saber se a opção por uma não-vinculação dos titulares dos direitos individuais é sempre positiva. Antonio Gidi já defende a necessidade de vinculação há algum tempo, por influência do direito americano (cf. GIDI, *Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos*; Id. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*).

Sergio Cruz Arenhart, que desenvolveu pesquisas de pós-doutorado no tema, defende que os membros do grupo também no caso de improcedência da ação coletiva devem ser alcançados pela coisa julgada. Utiliza a ideia de isonomia e estabilidade a questões idênticas quando levadas ao Poder Judiciário para justificar essa vinculação, calcada também na noção de proporcionalidade panprocessual. "Não há, então necessidade de se recorrer à extensão subjetiva da coisa julgada a terceiros para que se viabilize adequada aplicação do cânone da proporcionalidade panprocessual no tratamento coletivo dos interesses individuais. A aplicação direta da garantia da isonomia é suficiente para assegurar que o Judiciário seja obrigado a dar tratamento igualitário a situações idênticas (*rectius*, similares no sentido

examinado), de modo a tornar ampla a vinculação da decisão coletiva para situações individuais futuras. A rigor o efeito positivo da coisa julgada material tem sua raiz na garantia da isonomia, de modo que a conclusão aqui sustentada, nada mais é do que um retorno à gênese da *res iudicata*" (Id., p. 376). Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 374-380. O autor afirma como exceções à produção *pro et contra* da coisa julgada: a representatividade inadequada e instabilidade dos efeitos da decisão (quando o membro estivesse em situação distinta da tratada na ação coletiva) (Idem, p. 377-380).

Por essa razão entendemos que cabe uma referência as novas propostas que estão surgindo na doutrina estrangeira, entre elas, destaque-se a defendida por R. Kulski (KULSKI, R. Polish Perspectives and Provisions on Group Proceedings. In: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014, p. 231) e V. Harsági (HARSÁGI, V. The need for further development of collective redress in Hungary. In: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014, p. 182), os quais, levando em consideração o aspecto econômico, preconizam que naquelas ações coletivas de *pequeno interesse econômico* para os titulares dos direitos individuais a coisa julgada vincularia a todos independentemente do resultado, adotando-se para tanto um sistema de *opt out*. Já naquelas ações coletivas em que o interesse econômico dos titulares dos direitos individuais for maior, a coisa julgada somente vincularia aqueles que exercessem o *right to opt in*. Próximo, defendendo um sistema de adequação entre *opt in* e *opt out*, para o modelo americano, cf. DODSON, Scott. An Opt-In Option for Class Actions. *Michigan Law Review*, vol. 115, n. 2, 2016. O modelo americano é particularmente interessante por ter inspirado o brasileiro, contudo, é bom lembrar que é exemplo de sistema de *opt out*, nas *class actions for damages*, nas quais a coisa julgada se dá *pro et contra* e *erga omnes* (*binding effect*), atingindo todo o grupo seja a decisão coletiva de procedência ou improcedência – para tanto devem existir a adequada notificação e representação –, podendo os membros do grupo optar em abandonar a demanda. Vale ressaltar também que, somente nas *class action for damages* – da categoria (b)(3) – existe a possibilidade de exercer o direito à autoexclusão, por ser uma ação *not-mandatory*. Nas chamadas *mandatory class actions* – categorias (b)(1) e (b)(2) – a vinculação ao julgado é compulsória, salvo decisão discricionária do juiz (HAZARD JR., Geoffrey C.; GEDID, John L.; SOWLE, Stephen. An historical analysis of binding effects of class action suits. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 147. 1998; ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions, Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 323-246; PRATES, Marília Zanella Prates. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 109-129).

4. ALGUNS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS CRÍTICOS À EXTENSÃO DA COISA JULGADA AO PLANO INDIVIDUAL SECUNDUM EVENTUM LITIS

Há corrente doutrinária que não admite a extensão da coisa julgada *secundum eventus litis*. Tendo em vista a segurança jurídica e o risco de exposição infinita do réu em ações coletivas, alguns juristas consideram mais adequada constitucionalmente a extensão *erga omnes* da eficácia da sentença, inclusive na improcedência, não obstante o exposto texto normativo do art. 103 do CDC.

Bateram-se nesse sentido juristas como Carlos Mario da Silva Velloso,¹⁸ Assim, também, José Rogério Cruz e Tucci,¹⁹ que, em seu estudo inicial sobre o mandado de segurança coletivo, ainda antes da vigência do CDC, afirmou ser a coisa julgada em mandado de segurança coletivo *erga omnes*, denegada ou concedida a segurança. Admite, porém, pela razoabilidade, sob clara e forte influência da doutrina norte-americana das *class actions*, que tal abrangência não ocorra se a notificação (*fair notice*) não tenha sido eficaz, impedindo a autoexclusão ou se eficazmente tenham os substituídos exercido aquele direito (*right to opt out*). Assim, "Poderão, no entanto, rediscutir o objeto do *iudicium*, em processo futuro, aqueles que, cientificados da impetração, escaparam da preclusão proveniente da *res iudicata*, por terem oportunamente exercido o direito de autoexclusão"²⁰.

Na doutrina italiana, Mauro Cappelletti²¹ apresentou-se frontalmente contrário à ideia de coisa julgada *secundum eventus litis*. Ocorre que a legitimação, para Cappelletti, resta forte na "adequada representação" e na solução casuística (influência do sistema das *class actions* e de uma maturação inexistente para soluções de *iure condendo* no direito italiano). Como decorrência lógica dessa postura, entende ser a coisa julgada e os efeitos da sentença extensíveis *pro et contra*, "(...) então me parece que não se deva distinguir entre efeitos bons ou ruins, favoráveis ou desfavoráveis".²²

18. VELLOSO, Carlos Mario da Silva. "Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988". In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. *Mandados de Segurança e de Injunção*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 75-106, p. 96. Mantendo a posição cf. VELLOSO, Carlos Mario da Silva. "As novas garantias constitucionais: O mandado de segurança coletivo, o 'habeas data', o mandado de injunção e a ação popular para defesa da moralidade administrativa". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1989, v. 644, p. 12-13.

19. Cabe a advertência que a obra do autor, pioneira no tema, foi escrita logo após a Constituição e anteriormente a vigência do CDC.

20. TUCCI, "Class action" e mandado de segurança coletivo - diversificações conceituais, p. 50.

21. CAPPELLETTI, Mauro, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, p. 191-221.

22. "(...) allora mi pare che non si debba distinguire fra effetti buoni o cattivi, favorevoli o sfavorevoli" (CAPPELLETTI, Mauro, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, p. 205).

Observe que o nosso sistema não adotou a coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*; o que é *secundum eventum litis* é a repercussão da coisa julgada coletiva no plano individual. Antônio Gidi, também é contra. Ele afirma que essa opção legislativa sobreleva o direito individual, de menor importância, em detrimento ao direito coletivo *lato sensu*, de maior importância. Além disso, inviabiliza o processo coletivo passivo e também impossibilita a realização de acordos coletivos, principalmente nos casos de direitos individuais homogêneos (GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas*. Rio de Janeiro: GZ, 2008, p. 290-292). Em outro trabalho, um dos autores rebateu as críticas de Antonio Gidi: "Importa aqui discordar frontalmente do ilustrado pesquisador. Sem razão neste argumento. Primeiro, por que os direitos fundamentais individuais e coletivos se somam, não se subtraem, sendo iguais em dignidade, é inconstitucional suprimir o direito individual ao argumento de tutelar o seu espectro coletivo. Segundo porque, como o próprio autor afirma, não está ele preocupado com a 'desconfortável e desigual posição do réu (isonomia e razoabilidade)' e a ausência de economia processual (efetividade)"; "está claro que não há violação a tais princípios constitucionais, uma vez que há manifesta desigualdade de armas entre o grupo e o réu". Terceiro porque, na verdade, para reforçar o modelo processual brasileiro, como quer o autor, basta reconhecer a possibilidade do controle judicial da adequada representação, a exigência de uma adequada notificação dos membros do grupo e o direito participativo do grupo, como, por exemplo, através da autoexclusão ou da impugnação do legitimado, para assegurar o fortalecimento necessário e devido, neste atual estágio de evolução, do processo coletivo brasileiro" (ZANETTI JR., Hermes. *O "novo" mandado de segurança coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 262).

Essa é uma postura voltada para a garantia do devido processo legal em favor do réu. A crítica de Cappelletti à coisa julgada *secundum eventus litis* pauta-se, no entanto, no problema da exposição continuada a ações coletivas, o que prejudicaria diretamente a atividade do réu, contrariando interesses de alta significação social em um conflito de valores aparentemente insolúvel:

"Então qualquer um, entre aqueles que já não tenham agido, poderá intentar por sua vez análoga ação? E se, neste tipo de legitimação de classe ou categoria - ou quem sabe, em certas hipóteses, de ações populares - se insiram, como provavelmente acontece, também as associações espontâneas, poderemos ter hoje uma associação que perde a sua ação, substituída logo por uma outra associação que representará a mesma causa em juízo e logo em seguida ainda outra associação?"²³

23. CAPPELLETTI, Mauro, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, p. 206. Cabe mencionar, por último, o ensaio de José Ignacio Botelho de Mesquita, o ilustre prof. das Arcades defendeu que "o Código do Consumidor disse muito e criou muito pouco. O pouco que criou restringiu

O direito positivo brasileiro solucionou essa questão, como já se viu: aqui a mesma demanda coletiva não pode ser reproposta um sem-número de vezes. No sistema atual apenas a extensão subjetiva da coisa julgada é que será *secundum eventum litis*.

5. TRANSPORTE IN UTILIBUS DA COISA JULGADA PENAL COLETIVA PARA A ESFERA COLETIVA E INDIVIDUAL (ART. 103º, § 4º, CDC)

A violação de um direito coletivo é ato ilícito que pode dar ensejo a demandas cíveis ou penais.

Embora isso não seja muito examinado pela doutrina, a tutela jurisdicional dos direitos coletivos pode ser feita por meio de ações penais. Há crimes cuja vítima é a coletividade. Crimes relacionados à proteção da concorrência, das relações de consumo ou do mercado de capitais são bons exemplos.

Nesses casos, a sentença penal condenatória repercutirá no âmbito cível, beneficiando a vítima da conduta criminosa. Há, também aqui, transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva (art. 103, § 4º, do CDC).

A superveniência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória pode ser alegada na pendência de ação coletiva, com base no art. 493, CPC; isso ocorrendo, caberá ao juízo da ação coletiva levar em consideração a coisa julgada penal, para considerar existente o *an debeat*, dando, assim, efetividade ao efeito positivo dessa coisa julgada. Do mesmo modo, sobre vindo sentença penal absolutória em razão da ausência de materialidade ou negativa de autoria, não será mais possível responsabilizar o réu no âmbito cível, também por força do efeito positivo da coisa julgada penal.

A regra é boa, não apenas porque segue a regra muito conhecida da eficácia civil da sentença penal, mas principalmente porque desperta a doutrina para o estudo da tutela penal dos direitos coletivos²⁴.

Perceba, neste caso poderemos ter a liquidação e execução dos direitos individuais, na conhecida forma da ação civil *ex delicto* e, talvez, a

o sistema vigente em prejuízo dos titulares de direitos difusos ou coletivos, na verdade as ilações do mestre não foram acompanhadas pela doutrina e jurisprudência. (MESQUITA, José Ignacio Botelho de. "A coisa julgada no Código do Consumidor". In: José Rogério Cruz e Tucci, *Processo civil: evolução - 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 141-152.)

24. Sobre a tutela penal dos direitos coletivos, apenas para exemplificar, FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006; SILVEIRA, Renato de Meilo Jorge Silveira. "Direito Penal Supraindividual". São Paulo: RT, 2003; FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; SMANO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

liquidação e execução dos danos difusos e coletivos em sentido estrito, que entendemos seja conveniente denominar de ação coletiva *ex delicto*²⁵.

6. COISA JULGADA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tema pouco trabalhado na doutrina e na jurisprudência é o da coisa julgada na ação de improbidade administrativa.

Não há regra legal sobre o assunto. É preciso buscar a solução por analogia. Para tanto, parte-se da premissa de que a ação de improbidade administrativa é uma ação coletiva, que pode veicular duas espécies de situações jurídicas ativas: pedido de aplicação das sanções ao agente ímprobo e o pedido de ressarcimento ao Erário.

Muito embora o STF já tenha pacificado que a ação de improbidade é uma ação de natureza civil, nesse caso, para o fim da aplicação da garantia constitucional do devido processo legal e da segurança jurídica, em função da gravidade das consequências não só na esfera dos direitos subjetivos do indivíduo, mas também no âmbito público (perda do cargo, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com Poder Público), com relação ao primeiro pedido, a ação de improbidade administrativa merece uma disciplina própria, porquanto o objetivo seja a aplicação de uma sanção civil à prática de um ilícito²⁶. Trata-se de demanda com alto teor sancionatório. Em relação a essa parte do objeto litigioso do processo, parece mais adequado, realmente, seguir o regime jurídico da coisa julgada comum: qualquer decisão de mérito, favorável ou não à pretensão do autor, está apta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Realmente, não seria razoável admitir que se pudesse renovar a demanda pela aplicação de sanções ao ato de improbidade, no caso de a primeira demanda houver sido rejeitada por insuficiência de provas.

25. Na doutrina, denominando de ação civil pública *ex delicto*, conferir: TAHIM JR., Anastácio Nóbrega. "Ação civil pública *ex delicto*". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2004, n. 115, p. 28-54.

26. Alguns autores insistem na equiparação da ação de improbidade com a ação penal, não se trata disso. As esferas de responsabilidade são absolutamente independentes, assim como, são independentes as esferas de responsabilidade dos crimes de responsabilidade (infrações jurídico-políticas) e a da improbidade. O que ocorre é que em virtude das consequências jurídicas das sanções aplicáveis exige-se uma adequação procedimental, com maior segurança jurídica para o réu para fins de se obter o devido processo legal e preservar o exercício das funções públicas e dos direitos políticos, garantias da primeira e da segunda dimensão dos direitos fundamentais. A própria ação de improbidade dá exemplos de como o procedimento penal (que tem o direito fundamental liberdade como vetor) poderá servir de modelo: a) procedimento em duas etapas ou fases (defesa prévia, prevista tanto no CPP, art. 514, quanto na LIA, art. 17, § 7º, para os servidores públicos); b) a aplicação do art. 221, § 1º do CPP para a oitiva de testemunhas (art. 17, § 12 da Lei n. 8.429/1992).

IMPORTANTE

"A equação, nos casos das ações de improbidade, é outra. Estão em embate duas espécies de interesses distintas (coletivos X individuais) que, entretanto, possuem em comum o alto grau de importância que lhes é reconhecido pelo ordenamento jurídico como um todo. Não se legitima, portanto, nas ações de improbidade administrativa, a adoção da técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationem*. Concluir de forma diversa é deixar o indivíduo à mercê de possibilidade de reiteração de demandas que possam vir a atentar contra a sua esfera de liberdades. Tal prática se mostra injustificável dentro da noção de Estado de Direito e de limitação do poder estatal em face do indivíduo"²⁷.

Sucedendo que, em relação ao capítulo indenizatório do objeto litigioso do processo de improbidade, parece mais adequado aplicar a regra geral do microsistema da tutela coletiva, pois, nesse caso, nada há na ação de improbidade que a distinga de outras ações coletivas ressarcitórias. O pensamento é fortalecido com a regra constitucional que torna imprescritível a pretensão ressarcitória decorrente de atos de improbidade, já examinada no capítulo sobre prescrição, neste volume do *Curso*.

Outro ponto a ser destacado, é que, em regra, não há efetividade do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual, no caso do processo de improbidade administrativa²⁸, até porque o único terceiro que poderia beneficiar-se da sentença é a pessoa jurídica de direito público, que, ou foi ela própria a autora da demanda, ou já se beneficia diretamente com a procedência do pedido ressarcitório. Caso ocorra nos fatos da vida, infinitamente mais complexa do que a abstração dos juristas, exemplo de validade da aplicação da regra de extensão *secundum eventum litis da coisa julgada coletiva*, incidirá o microsistema.

Portanto nas ações de improbidade administrativa o regime da coisa julgada é diferenciado conforme o capítulo da sentença: quanto ao ressarcimento ao Erário incide o microsistema plenamente; quanto à aplicação das sanções não incide a regra *secundum eventum probationis*, ficando a regra da extensão *secundum eventum litis* condicionada à efetividade prática.

27. Assim, COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 308. Note, contudo, que o argumento em sentido contrário também é viável, já que a Lei de Improbidade Administrativa faz remissão expressa à Lei de Ação Civil Pública, que, como vimos, tem norma clara quanto à coisa julgada *secundum eventum probationis* (art. 18). Por outro lado, admitimos, por exposto mandamento constitucional, a imprescritibilidade de certos crimes, ou seja, a segurança do indivíduo pode ceder espaço ao valor do interesse público, tudo devidamente sopesado na ponderação constitucional dos princípios antagônicos. A questão ainda não está encerrada.

28. Assim, COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*, cit., p. 305.

Uma última consideração, por óbvio a condenação nas demandas de improbidade impede a contratação, suspende os direitos políticos e determina a perda do cargo para todo o território nacional, não se limitando ao espaço territorial do órgão prolator.

7. COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A Lei n. 12.016/2009 visa regulamentar o mandado de segurança individual e coletivo.

Em relação ao mandado de segurança individual, não trouxe grandes novidades, restringindo-se, basicamente, a compilar a legislação que até então existia (Leis n. 1.533/1951, 4.348/1964 e 5.021/1966) e as súmulas dos tribunais superiores. No que diz respeito ao mandado de segurança coletivo, a situação é um tanto diversa, pois a lei trouxe dois novos textos normativos (arts. 21 e 22), que não tinham correspondente na legislação anterior.²⁹

O *caput* do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 cuida dos limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo: "No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante". O texto normativo não é uma inovação: limita-se a afirmar que a coisa julgada vincula o grupo titular do direito coletivo objeto do mandado de segurança.³⁰ Nada demais, portanto.

O regime jurídico da coisa julgada não se compõe apenas pela definição dos seus limites subjetivos.

É preciso definir qual é a técnica de produção da coisa julgada, se *pro et contra*, *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. A Lei n. 12.016/2009 nada disse a respeito deste tema.

A ausência de regramento pode ser constatada após confrontarmos o texto do art. 22 com o texto do inciso II do art. 103 do CDC, que cuida do regime da coisa julgada para os processos em que se discute direito coletivo (que também pode ser objeto de um mandado de segurança coletivo).

Eis o texto do art. 103, II, CDC: "Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: *ultra partes*, mas limitadamente ao

29. ZANETTI JR., Hermes. *O "novo" mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 243-265.

30. Perceba: outras leituras podem ser feitas do texto, inclusive uma que entende ser o dispositivo uma transposição dos limites subjetivos intentados pelo art. 2º-A da Lei 9.494/1997, que reputamos inconstitucional.

grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81^o.

Note que há duas regras bem definidas neste inciso: a coisa julgada é *ultra partes* (limite subjetivo) e *secundum eventum probationis* ("salvo improcedência por insuficiência de provas", técnica de produção). Nada há na Lei n. 12.016/2009 a respeito da técnica de produção da coisa julgada, como se pode perceber após a leitura do art. 22, já mencionado.

Há, pois, lacuna normativa.

Três são, teoricamente, as soluções possíveis.

A primeira delas é considerar que o modo de produção de coisa julgada é o *pro et contra*, inclusive para os titulares dos direitos individuais considerados como "substituídos", modo típico e adequado para o processo individual. Essa opção é inaceitável: a solução da lacuna deve ser buscada dentro do microssistema da tutela jurídica coletiva, e não fora dele, mormente se a opção se revelar pior do que o modelo geral de coisa julgada previsto no CDC. Não parece constitucional atribuir ao mandado de segurança coletivo, que é um direito fundamental, um modelo de coisa julgada mais prejudicial às situações jurídicas coletivas do que aquele previsto na legislação comum para a tutela coletiva. Um direito fundamental merece interpretação de melhor quilate.

A segunda opção é considerar que a coisa julgada no mandado de segurança coletivo segue o modelo da coisa julgada do mandado de segurança individual, que é *secundum eventum probationis*. A opção é aceitável, mas não é conveniente. É que o módulo probatório do mandado de segurança é exclusivamente documental. Pode acontecer de a decisão denegatória do mandado de segurança basear-se na prova produzida (denega-se por ausência de direito, e não por ausência de prova documental): nesse caso, há coisa julgada material, a despeito do juízo de improcedência. Mesmo se o impetrante obtiver outra prova documental, não poderá renovar a sua demanda, por mandado de segurança ou por qualquer outro procedimento. Há coisa julgada.

A terceira opção parece ser a mais simples e, talvez por isso mesmo, a mais correta. Diante da lacuna, busca-se no microssistema a solução para o impasse. O modo de produção da coisa julgada no mandado de segurança coletivo é o mesmo previsto genericamente para as ações coletivas e está regulado no art. 103 do CDC: *secundum eventum probationis*, sem qualquer limitação quanto ao novo meio de prova que pode fundar a repropositura

da demanda coletiva. A extensão subjetiva da coisa julgada coletiva será *secundum eventum litis*, sem prejuízo das pretensões dos titulares de direitos individuais, mesmo no caso da desistência do processo prevista no § 1^o do mesmo artigo, já que sabidamente a desistência não embaça a repropositura da demanda (arts. 485, VIII, e 486, CPC).

Trata-se de solução mais adequada, porque mantém a coerência do sistema e evita o retrocesso em tema de mandado de segurança, que é um direito fundamental.³¹

8. COISA JULGADA COLETIVA E OS DIVERSOS PROCEDIMENTOS PARA A TUTELA COLETIVA

No capítulo sobre conexão e litispendência, vimos que é possível vislumbrar demandas coletivas idênticas propostas por autores diversos ou, até mesmo, processadas por diversos procedimentos. Uma ação civil pública pode ser idêntica a um mandado de segurança coletivo; uma ação popular pode ser igual a uma ação civil pública, ainda que com autores diferentes.

Sendo assim, é possível que a coisa julgada coletiva advinda de uma ação civil pública impeça o exame de uma ação popular, que, na verdade, era uma repropositura de uma ação coletiva já julgada; uma coisa julgada resultado de um mandado de segurança coletivo impeça o exame de uma ação civil pública com idêntico objeto litigioso etc.

9. ART. 16 DA LEI Nº 7.347/1985 E O ART. 2º DA LEI Nº 9.494/1997: OS LIMITES TERRITORIAIS À "COISA JULGADA". O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O art. 16, Lei nº 7.347/1985, e o art. 2º-A, Lei nº 9.494/1997, visam restringir a "eficácia subjetiva da coisa julgada" em ação coletiva, impondo uma limitação territorial a essa eficácia, restrita ao âmbito da jurisdição do órgão prolator da decisão.³² Eis os seus textos:

31. Nesta linha, mais recentemente, adotando expressamente essa conclusão, ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. "Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso?". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 203, p. 62. Também conferir: ZANETTI JR., Hermes. O "novo" mandado de segurança coletivo. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 262-265.

32. Fazem referência ao histórico legislativo dos dispositivos e as alterações realizadas pelas Medidas Provisórias: 1.570/97 (convertida na Lei 9.494/97), 1.798-1/99 e 2.180-35/01: RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2009, p. 252-256; LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 261-266.

"Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, nada data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços."

Os dispositivos normativos invocados, que limitam territorialmente a eficácia subjetiva da decisão coletiva, são inconstitucionais e ineficazes.

O art. 16 da Lei n. 7.347/1985 aplica-se às demandas que dizem respeito às causas coletivas em sentido estrito (direitos difusos e coletivos); o art. 2º - A da Lei nº 9.494/1997 aplica-se às demandas que versem sobre direitos individuais homogêneos, especificamente nas causas que envolvem associações.

Atualmente, sabe-se que é plenamente possível a análise dos dispositivos legais sob a perspectiva da razoabilidade. As leis não de ser razoáveis, proporcionais, e somente assim podem ser aplicadas. O art. 8º do CPC adota expressamente essa norma. Há um controle de validade substancial das normas a partir da Constituição.

Pois bem.

Os dispositivos são irrazoáveis, pois impõem exigências absurdas, bem como permitem o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva Justiça, mesmo que sejam demandas iguais, envolvendo sujeitos em igualdade de condições, com a possibilidade teórica de decisões diferentes e até conflitantes em cada uma delas.³³

33. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mlte: legge, diritti, giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992. p. 8-11. Trata-se de evidente apropriação do direito processual pelo "Príncipe/Estado", óbvio abuso do poder de legislar excepcionalmente atribuído ao Poder Executivo e que, no Estado Democrático de Direito, deveria ter vedado o uso do poder como se fosse seu "Soberano" ou "Supremo Magistrado". Todo poder emana do povo e está limitado pela Constituição (art. 1º, parágrafo único da CF/88). Soberana é a Constituição, a Constituição atua, ela mesma, como "Supremo Magistrado" da nação. O

A limitação da eficácia da decisão não deve subsistir diante das características mais elementares do processo coletivo, tais como o tratamento molecular do litígio e a indivisibilidade do bem tutelado.³⁴

As restrições teóricas e pragmáticas aos dispositivos podem ser apontadas em seis objeções:

- a) ocorre prejuízo à eficiência (art. 8º, CPC) e fomento ao conflito lógico e prático de julgados;³⁵
- b) representa ofensa aos princípios da igualdade e do acesso à jurisdição, criando diferença no tratamento processual dado aos brasileiros e dificultando a proteção dos direitos coletivos em juízo;³⁶
- c) existe indivisibilidade ontológica do objeto da tutela jurisdicional coletiva, ou seja, é da natureza dos direitos coletivos *lato sensu* sua não divisão no curso da demanda coletiva, sendo legalmente indivisíveis (art. 81, parágrafo único do CDC)³⁷; a divisibilidade, quando existe, diz respeito à fragmentação de grupos de titulares de direitos, ou seja, é possível fragmentar um direito coletivo em

uso do processo para garantir os interesses do poder e das classes dominantes não é novo, e mereceu forte apelido de "microsistema processual do Estado" em recente obra de doutrina. Cf. SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

34. Com relação ao mandado de segurança coletivo a lei revela-se inócua (podendo esse raciocínio ser alargado para as ações mandamentais em geral). Ocorre que a ordem é dada para a autoridade coatora, para que ela a cumpra no âmbito de sua competência e atribuição de poderes. Assim, não é o juiz que transformará a realidade e sim a autoridade coatora, revertendo ou praticando ato dentro dos seus deveres-poderes. Cf. ZANETTI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
35. A economia processual acaba por proteger o chamado princípio da duração razoável do processo, o qual está expressamente disposto nos artigos 4º, 12 e 139, Inciso II do CPC. Esse fomento ao conflito lógico vai inclusive contra a sistemática de precedentes normativos formalmente vinculantes prevista nos arts. 489, § 1º, V e VI, 926 e 927 do CPC, a qual pretende dar maior racionalidade ao sistema jurídico.
36. Nesse sentido, em um Estado Democrático Constitucional "a ausência de um poder judicial de garantia, na definição do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, quando não há lei expressa ou essa está em contradição com a Constituição, é reconhecidamente fatal para um modelo de garantia desses mesmos direitos" (ZANETTI JR., Hermes. *A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela in: Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 36-37).
37. "A necessidade de reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é consequência da indivisibilidade dos interesses tutelados (material ou processual [no caso específico dos direitos individuais homogêneos]), tornando impossível cindir os efeitos da decisão judicial, pois a lesão a um interessado implica a lesão a todos, e o proveito a um a todos beneficia. É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi 'parte' no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito". LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 259.

diversos direitos coletivos de que sejam titulares grupos com interesses distintos;³⁸

- d) há, ainda, equívoco na técnica legislativa, que acaba por confundir competência, como critério legislativo para repartição da jurisdição, com a imperatividade decorrente do comando jurisdicional, apanágio da jurisdição, que é uma em todo o território nacional;³⁹
- e) existe a ineficácia da própria regra de competência em si, vez que o legislador estabeleceu expressamente no art. 93 do CDC (lembre-se, aplicável a todo o sistema das ações coletivas) que a competência para julgamento de ilícito de âmbito regional ou nacional é do juízo da capital dos Estados ou no Distrito Federal, portanto, nos termos da Lei em comento, ampliou a "jurisdição do órgão prolator";⁴⁰
- f) por fim, como vem insistindo parcela da jurisprudência do STJ, deve ser efetuada a distinção entre autoridade da coisa julgada e eficácia da sentença.

Desta forma, sendo a coisa julgada apenas a imutabilidade e indiscutibilidade do comando sentencial, a sua autoridade nada diz com a eficácia da sentença, tornando sem efeito os limites territoriais previstos no art. 16. Mesmo limitando-se a coisa julgada, o que importa para fins de extensão territorial é o seu conteúdo, que vai além dos limites territoriais do órgão prolator por sua própria natureza.⁴¹ Isto explica, por exemplo, porque uma sentença coletiva que tenha determinado a extensão subjetiva *erga omnes* para todo o território nacional não possa ser modificada em sede de liquidação e execução para se aplicar os limites territoriais: os efeitos da sentença proferida em ação coletiva não estão limitados a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido.

Além disso, como apontou Nelson Nery Jr., na arguição oral do concurso da Profa. Teresa Wambier para Livre-docente na PUC/SP, em setembro

38. No mesmo sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 306.

39. MARINONI, Luitz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 450-451; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria Geral das Ações Coletivas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 367-376.

40. Nesse sentido, aprofundando as críticas aqui esboçadas cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública refém do autoritarismo*, *passim*. LEONEL, *Manual do processo coletivo*, *passim*.

41. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvidio Aires. Trad. textos posteriores à edição de 1945, Ada Pellegrini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 287/289.

de 2004, o dispositivo levaria a uma situação inusitada: a sentença brasileira pode produzir efeito em qualquer lugar do planeta, desde que submetida ao procedimento de homologação perante o tribunal estrangeiro competente; do mesmo modo, uma sentença estrangeira pode produzir efeito em todo território nacional, desde que submetida ao procedimento de homologação da sentença estrangeira perante o STJ. No entanto, uma sentença brasileira coletiva somente poderia produzir efeitos nos limites territoriais do juízo prolator. Trata-se de absurdo sem precedentes. Seria o caso de submeter essa sentença ao STJ, para que ela pudesse produzir efeitos em todo território nacional?

O STF já entendeu que essa restrição não se aplica aos casos de órgão jurisdicionais com competência em todo território nacional.

"A Turma deu provimento a recurso em mandado de segurança para determinar que o STJ, afastada a preliminar processual que deu margem à extinção do processo, prossiga no julgamento do mesmo como entender de direito. Tratava-se, na espécie, de mandado de segurança coletivo ajuizado pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional - SINPROFAZ, em favor de seus sindicalizados, julgado extinto sem julgamento do mérito pelo STJ, em razão da ausência, na petição inicial, da relação nominal dos associados com a indicação dos respectivos endereços, com base na parte final do parágrafo único, do art. 2º, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela MP 1.798-2/99 ('Nas ações coletivas propostas contra entidades da administração direta, autárquica e fundacional, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços'). A Turma, salientando que a exigência mencionada acima, visa a restringir a eficácia da sentença ao âmbito territorial de competência do órgão que a prolatou - conforme *caput* do referido art. 2º: 'A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo... abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator' -, entendeu que tal exigência não se aplica com relação aos órgãos da justiça que, como o STJ, têm jurisdição nacional, porquanto abrangem todos os substituídos onde quer que tenham domicílio no território nacional". RMS 23.566-DF, rel. Min. Moreira Alves, 19.2.2002. (RMS-23566) (Informativo STF 258/RMS-23566).⁴²

42. A Reforma do Judiciário elucidou melhor o texto constitucional anterior, restou definido no novo texto constitucional que "§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional" (Art. 92 da CF/88, NR EC 45/04). Para o inteiro teor do voto-líder cf. transcrições no Informativo STF 262.

Veiamos, ainda, dois posicionamentos explícitos em prol da Inconstitucionalidade dos dispositivos normativos por malferimento ao princípio da razoabilidade (desenvolvimento do princípio da proporcionalidade), agora expressamente previsto no art. 8º do CPC.

"A norma, na redação dada pela L 9.494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir princípios do direito de ação (CF 5º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação) nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62, caput".⁴³

"A inovação é manifestamente inconstitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal".⁴⁴

Conforme anunciado, confundiu-se o legislador na redação dos dispositivos. Confundiu coisa julgada (limites subjetivos) com competência. Esse baralhamento já levou juristas conhecidos a defender a ineficácia da alteração legislativa, por inócua. Eis posicionamento doutrinário:

"(...) o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, v. g., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! (...) Portanto, se o juiz que proferiu a sentença na ação coletiva *tout court*, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso (v. CDC 103), em todo território nacional - e também no exterior -, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada (...)."⁴⁵

O que se buscou alcançar com esses dispositivos foi a fragmentação das decisões coletivas, desnaturando todo o sistema de extensão subjetiva dos efeitos das decisões coletivas.⁴⁶

43. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, ob. cit., p. 1.558.

44. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 265.

45. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, ob. cit., p. 1.558.

46. Nesse sentido, João Batista de Almeida: "Objetivou-se, desse modo, fazer com que a sentença, na ação civil pública, tivesse seus efeitos limitados à área territorial da competência do juiz que a prolatou, com isso afastando a possibilidade de decisões e sentenças com abrangência regional e, principalmente, nacional. Ou, por outra, o governo usou o seu poder de império para alterar a legislação da maneira que lhe convinha, desnaturando a principal marca da ação coletiva - a coisa julgada -, tão logo se sentiu ameaçado com algo que não deveria incomodá-lo: a defesa coletiva de cidadãos, contribuintes,

Exatamente em razão da confusão efetivada pelo legislador, pode-se dizer que a tentativa de limitação territorial restou frustrada, porquanto, entre a ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, vige um sistema imbricado de dispositivos (art. 21, LACP, e art. 90, CDC). Tudo o quanto se disser em relação ao art. 16, LACP, aplica-se ao art. 2º-A, Lei nº 9.494/1997, daquela mera especialização. Apontam esse aspecto Nery Jr. e Nery:

"Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACP 21 e CDC 90. Para que tivesse eficácia, deveria ter havido alteração da LACP 16 e do CDC 103. De consequência, não há limitação territorial para eficácia *erga omnes* da decisão proferida em ação civil pública, quer esteja fundada na LACP, quer no CDC".⁴⁷

Caso admitíssemos que uma ação civil pública - cujo objeto diga respeito a uma categoria de servidores públicos federais, por exemplo - pudesse produzir efeitos apenas para os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, estaríamos, por tabela, defendendo: a) que seria possível o ajuizamento de outras tantas ações civis públicas, cada uma ajuizada em uma seção judiciária, de igual teor àquela que já fora ajuizada e julgada; b) que essas outras causas poderiam chegar a resultado diverso daquele primeiramente alcançado;⁴⁸ c) que, em razão disso, poderiam os servidores desses outros estados não lograrem obter o reconhecimento judicial de um direito que outros, em igual situação, já obtiveram.

O legislador infraconstitucional não poderia autorizar uma prática que feriria o princípio da igualdade, pois pessoas na mesma situação poderiam receber, do Poder Judiciário, solução diferente. Uns ganhariam, outros não. A lógica das demandas coletivas está exatamente na tutela molecular (única) de uma pluralidade de direitos semelhantes. Exigir-se o fracionamento

funcionários públicos etc." (ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controversos sobre a ação civil pública*. São Paulo: RT, 2001, p. 167).

47. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, ob. cit., p. 1.558. No mesmo sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 287; SILVA, Bruno Freire e. "A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública". *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 334-345.

48. Obviamente, não poderíamos imaginar que o legislador impusesse a obrigatoriedade do ajuizamento de tantas ações civis quantas sejam as unidades territoriais da Justiça Federal e, ao mesmo tempo, prestigiasse a coisa julgada porventura alcançada na primeira causa, 159 de modo que as outras demandas tivessem de respeitá-la. Seria achincalhe à inteligência do legislador cogitar que ele desejava, com esta fragmentação, apenas que se repetisse o pedido já julgado, sem que houvesse risco de derrota. Ao permitir o fracionamento da causa coletiva nos diversos estados da federação, o legislador assume o risco de decisões contraditórias, e parece achar isso normal e aceitável.

da questão coletiva, com o evidente risco de decisões contraditórias, é, sem dúvida, violar o bom senso e o princípio da igualdade. O que marca a tutela coletiva é a indivisibilidade do objeto, "não sendo possível o seu fracionamento para atingir parte dos interessados, quando estes estiverem espalhados também fora do respectivo foro judicial".⁴⁹

A legislação não faz sentido. Contraria uma histórica decisão do RS que inaugurou o combate ao tabaco em ambientes fechados. Foi uma decisão judicial da Justiça Federal que proibiu o consumo de tabaco nas aeronaves. A decisão é do final da década de 1990. Imagine se a decisão fosse limitada ao território da Justiça Federal da 4ª Região, cruzada a fronteira no espaço aéreo todos poderiam começar a fumar. Quando a aeronave ingressasse novamente no espaço aéreo vedado, todos teriam de apagar os cigarros.⁵⁰

Vamos conferir outro exemplo de Célia Stander e Elisa Malta:

"Suponha-se que um empregador de âmbito nacional (por exemplo, um Banco com agências por todo o território brasileiro), esteja lesando por um ato toda a sua coletividade de empregados, através, por exemplo, de uma alteração ilícita e geral das condições de trabalho. Para reparar tal lesão, de caráter nacional, ter-se-ia que intentar diversas ações e distribuí-las por tantas juntas quantas fossem necessárias para abarcar todo o território abrangido pelo dano. Tal pulverização, contrariando a natureza coletiva do bem tutelado, implicaria, certamente, em múltiplos provimentos, com alto risco de decisões conflitantes".⁵¹

E mais: "se o interesse é essencialmente indivisível... como limitar os efeitos da coisa julgada a determinado território?"⁵² O direito em discussão é da categoria; a categoria tem caráter nacional; ou toda categoria tem o direito reconhecido ou ninguém dessa categoria poderia tê-lo. Não se justifica que a "categoria de Alagoas" o tenha e a de Pernambuco, por exemplo, não. O caráter unitário da tutela dessa espécie de direitos impõe uma decisão única.

"A resposta judiciária, no âmbito da jurisdição coletiva, desde que promanada de juiz competente, deve ter eficácia até onde se revele a

49. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas*, p. 265.

50. Folha De São Paulo. 1998. *Aviação - Liminar concedida por juiz do RS Proíbe fumo em voos. Passageiro que fumar em avião será obrigado a desembarcar*, Reportagem local de Gonzalo Navarrete. Disponível em: ZANETTI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. "Coisa Julgada e o Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: Comentários à Ação Civil Pública nº 98.0025524-9 de 1998/RS (Proibição de fumar em aeronaves)". *Revista Processos Coletivos*, v. 7, n. 3, jul./set. 2016. <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/vale/127109820.htm>. Acesso em 03/04/2016.

51. STANDER, Célia; MALTA, Elisa. *A coisa julgada nas ações civis públicas e a Lei 9.494/97*. *Revista Ltr*, 62/637.

52. VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 120.

incidência do interesse objetivado, e por modo a se estender a todos os sujeitos concernentes, e isso, mesmo em face do caráter unitário desse tipo de interesse, a exigir uniformidade do pronunciamento judicial".⁵³

Não obstante todas essas considerações, o STJ tem oscilado muito no que diz respeito à aplicabilidade do art. 16 da Lei 7.347/1985, mas há até pouco tempo atrás era inegável que a jurisprudência da Corte vinha no sentido da aplicação desse dispositivo. Confirmam-se, por exemplo, os seguintes julgados: REsp 1304953/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T, DJe 8/9/2014; e STJ, AgRg no REsp 1353720/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª T, DJe 25/9/2014.

Entretanto, no REsp n. 1.114.035/PR, o STJ firmou entendimento reconhecendo as impropriedades do referido dispositivo; defendeu a inaplicabilidade do art. 16 da Lei 7.347/85 aos direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos, dizendo ser ele aplicável apenas na defesa dos direitos individuais homogêneos, vejamos:

"[...] No que tange à ineficácia do dispositivo, começo por registrar que, além das impropriedades terminológicas do artigo em questão, o que o legislador pretendeu regular foi o alcance subjetivo da sentença civil, vale dizer, a identificação de quem são os sujeitos a quem se estendem os efeitos da coisa julgada. Isso nada tem a ver com a eficácia da sentença civil fora dos limites de jurisdição do órgão prolator. Com efeito, qualquer sentença, seja proferida em processo de natureza coletiva ou individual, possui eficácia em todo o território nacional relativamente às partes a ela vinculadas. [...] Penso que o caráter indivisível dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* conduz ao impedimento prático, e mesmo lógico, de qualquer interpretação voltada a cindir os efeitos da sentença civil [...] Nesse contexto, penso que o dispositivo encontra aplicação naquelas ações civis públicas que envolvam direitos individuais homogêneos, únicos a admitir, pelo caráter divisível, a possibilidade de decisões eventualmente distintas, ainda que não desejáveis, para os diversos titulares dos direitos autônomos, embora heterogêneos [...] Declarar que o efeito *erga omnes* da sentença civil coletiva circunscreve-se aos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do artigo 16 da Lei nº 7.347/85." (STJ, REsp 1.114.035/PR, 2ª T, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 7.10.2014 - grifo nosso)

Em outro julgado posterior o STJ, também adotou o mesmo entendimento, vejamos:

53. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 296.

da q
sem
a r
fr

equacionar a problemática ora delineada, esta c.
casão do julgamento do Resp n. 1.114.035/PR,
o Ministro João Otávio de Noronha, cuja razão de
justez dos fundamentos, adota-se integralmente para
os autos, consignou que "o caráter indivisível dos direitos
coletivos stricto sensu conduz ao impedimento prático, e
o lógico, de qualquer interpretação voltada a cindir os efeitos da
sentença civil em relação àqueles que estejam ligados por circunstân-
cias de fato ou que estejam ligados entre si ou com a parte contrária
por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça de
lesão. Nessa linha de entendimento, a sentença prolatada no bojo da
presente ação coletiva destinada a tutelar direitos coletivos stricto sen-
su - considerada a indivisibilidade destes - produz efeitos em relação
a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litigue
ou venha a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o
território nacional." (STJ, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data
de julgamento: 24/03/2015, T3 - Terceira Turma)

Dessa forma, o STJ vinha adotando a seguinte sistemática: aplicabili-
dade do art. 16 da Lei n. 7.347/1985 aos direitos individuais homogêneos
e inaplicabilidade aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. PESSOA
PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL. HIPERVULNERÁVEL. CONTRA-
TOS BANCÁRIOS. CONFECÇÃO NO MÉTODO BRAILLE. NECES-
SIDADE. DEVER DE INFORMAÇÃO PLENA E ADEQUADA. EFEITOS
DA SENTENÇA. TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS
STRICTO SENSU. SENTENÇA QUE PRODUZ EFEITOS EM RELAÇÃO A
TODOS OS CONSUMIDORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA VISUAL
QUE ESTABELECEAM OU VENHAM A FIRMAR RELAÇÃO CONTRA-
TUAL COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA EM TODO O
TERRITÓRIO NACIONAL. INDIVISIBILIDADE DO DIREITO TUTELA-
DO. DANO MORAL COLETIVO. INOCORRÊNCIA. 1. Na ação coletiva
ajuizada por associação em defesa de interesses difusos e coletivos
stricto sensu, em que toda uma coletividade de deficientes visuais será
beneficiada pelo provimento jurisdicional, inclusive com eficácia pros-
pectiva, revela-se a natureza transindividual da discussão e a atuação
da entidade no campo da substituição processual, o que afasta a neces-
sidade de identificação dos seus associados [...]. 7. Os efeitos e a eficácia
da sentença, na ação coletiva, não estão circunscritos a lndes geográfi-
cos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se
em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos
interesses metaindividuais postos em juízo. Precedentes. 8. A sentença
prolatada na presente ação civil pública, destinada a tutelar direitos
difusos e coletivos stricto sensu, deve produzir efeitos em relação a
todos os consumidores portadores de deficiência visual que litiguem ou
venham a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o
território nacional. 9. Recursos especiais parcialmente providos. (STJ,

DANO
CARÁTER
DIVISÍVEL
DE TAIS DIREITOS

REsp 1.349.188/RJ, 4ª Turma, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, DJ
10/05/2016, DJe 22/06/2016) (grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR.
ART. 39, I, DO CDC. VENDA CASADA. VENDA DE ALIMENTOS. ESTABE-
LECIMENTOS CINEMATOGRAFICOS. LIBERDADE DE ESCOLHA. ART.
6º, II, DO CDC. VIOLAÇÃO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS EM OUTRO LO-
CAL. VEDAÇÃO. TUTELA COLETIVA. ART. 16 DA LEI Nº 7.347/1985.
SENTENÇA CIVIL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EFICÁCIA
ERGA OMNES. LIMITE TERRITORIAL. APLICABILIDADE. 1. A venda
casada ocorre em virtude do condicionamento a uma única escolha,
a apenas uma alternativa, já que não é conferido ao consumidor
usufruir de outro produto senão aquele alienado pelo fornecedor. 2.
Ao compelir o consumidor a comprar dentro do próprio cinema todo
e qualquer produto alimentício, o estabelecimento dissimula uma
venda casada (art. 39, I, do CDC), limitando a liberdade de escolha
do consumidor (art. 6º, II, do CDC), o que revela prática abusiva. 3.
A restrição do alcance subjetivo da eficácia erga omnes da sentença
proferida em ação civil pública envolvendo direitos individuais ho-
mogêneos aos limites da competência territorial do órgão prolator,
constante do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, está plenamente em vigor.
4. É possível conceber, pelo caráter divisível dos direitos individuais
homogêneos, decisões distintas, tendo em vista a autonomia de seus
titulares. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte,
provido. (STJ, REsp: 1.331.948/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo
Villas Bôas Cueva, DJ 14/06/2016, DJe 05/09/2016) (grifo nosso)

Ocorre que, mais recentemente, a Corte Especial do STJ, no julgamento
dos ERESP n. 1.134.957/SP, modificou o entendimento, consolidando que
também em relação aos direitos individuais homogêneos a sentença cole-
tiva não deve ter abrangência restrita à competência territorial do órgão
julgador: sua extensão subjetiva deve ser *erga omnes*, ou seja, também em
relação aos direitos individuais homogêneos, o STJ afastou a aplicabilidade
do art. 16 da lei n. 7.347/1985. A sessão de julgamento aconteceu na data
de 24 de outubro de 2016.

Assim, a partir desse novo pronunciamento da Corte Especial do STJ
(ERESP 1.134.957/SP) e das decisões citadas acima (REsp 1.349.188/
RJ e REsp 1.315.822/RJ), pode-se constatar que a limitação da extensão
subjetiva da coisa julgada prevista no art. 16 não deve ser aplicada em
nenhuma das espécies de direitos coletivos, sejam eles difusos, coletivos
stricto sensu ou individuais homogêneos. É crucial que esse entendimento
venha a ser mantido pelo STJ e pelos demais órgãos julgadores, pois, so-
mente assim será possível garantir verdadeira efetividade à tutela coletiva
no ordenamento jurídico brasileiro.

Como já tivemos a oportunidade de salientar na edição anterior, a questão base para a solução da recente discussão jurisprudencial é a natureza dos direitos individuais homogêneos, os quais, por muitas vezes, são considerados, nos julgados e pela doutrina, como direitos subjetivos individuais sendo, portanto, divisíveis, o que possibilitaria a aplicação do artigo 16 da Lei 7.347/1985.

Entretanto, como se defende neste *Curso*, os direitos individuais homogêneos também devem ser considerados como direitos de natureza essencialmente coletiva, situações jurídicas coletivas, pelo menos para fins de tutela, logo, a inaplicabilidade da regra em questão, deve incidir sobre qualquer espécie de direito coletivo *lato sensu* que esteja sendo tutelado por meio de ação coletiva.

10. AINDA SOBRE A QUESTÃO: O ERESP Nº 1.134.957/SP DO STJ: PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL QUE EXCLUI OS LIMITES TERRITORIAIS DA COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

No acórdão do EResp nº 1.134.957/SP, Relatoria da Min. Laurita Vaz, a Corte Especial consignou que o precedente firmado pelo Recurso Especial Repetitivo nº 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão – no qual se reconheceram as impropriedades do art. 16 da Lei n. 7.347/1985, afirmando que a eficácia da sentença não estaria restrita aos limites territoriais do órgão prolator, qualquer que seja o direito coletivo tutelado – deveria ser aplicado e seguido também para os direitos individuais homogêneos e em qualquer fase do processo coletivo.

No caso em tela, tratava-se da revisão dos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH) – tutela de direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inc. III do CDC) – que entendeu o Tribunal deveria acontecer em todo o território nacional, sem a observância dos limites territoriais do órgão prolator como prevê a literalidade do art. 16 da LACP, vejamos:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROCESSUAL CIVIL ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO APRIORÍSTICA DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICANTE. DESCONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP Nº 1.243.887/PR, REL. MIN. LUÍS FELIPE SALOMÃO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º

1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante. 2. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer o acórdão de fls. 2.418-2.425 (volume 11), no ponto em que afastou a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85 (STJ, Corte Especial, EResp nº 1.134.957/SP, Min. Rel. Laurita Vaz, DJ 24.10.2016, DJe 30.11.2016).

Também foi rechaçada a alegação dos embargados de que a situação discutida em juízo era diversa da decidida no recurso especial repetitivo nº 1.243.887/PR (representativo da controvérsia): "Assim, para a solução da questão processual em comento, a alegação de que as situações fáticas dos acórdãos em cotejo não são semelhantes mostra-se desinfluyente. A questão processual controvertida (limitação territorial do art. 16 da LACP) nos julgados em cotejo é a mesma, motivo pelo qual está evidente a divergência. Não tem nenhum relevo, no caso, o fato de que no ato paradigma o feito se encontrava em fase de cumprimento ou liquidação de sentença, pois o momento processual em nada influiu na fixação da tese repetitiva pela Corte Especial" (STJ, Corte Especial, EResp nº 1.134.957/SP, Min. Rel. Laurita Vaz, DJ 24.10.2016, DJe 30.11.2016, p. 20).

Perceba-se ainda que, em voto-vista, a Ministra Nancy Andrighi, já conhecida defensora da inaplicabilidade do art. 16, apontou ser necessário diferenciar a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada para compreender a questão.

A Ministra utiliza-se, assim como fez o Ministro Relator Luís Felipe Salomão em seu voto no Recurso Especial Repetitivo nº 1.243.887/PR, da doutrina de Enrico Tullio Liebman, afirmando:

"De qualquer maneira, pode-se verificar que há muito ressaltado a necessária diferença entre a eficácia da sentença e a eficácia da coisa julgada, com base nos ensinamentos clássicos de ENRICO TULLIO LIEBMAN (Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, 3ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1984). Essa distinção deve ser ressaltada, mais uma vez: (i) a eficácia de sentença é a sua aptidão a gerar efeitos modificativos na esfera jurídica; e (ii) a eficácia da coisa julgada é o atributo de imutabilidade conferida a uma decisão judicial a partir de seu trânsito em julgado. Como consequência dessas distinções, é patente a incapacidade de a redação do art. 16 da LACP limitar territorialmente os efeitos de decisões prolatadas em ações coletivas" (STJ, Corte Especial, EResp nº 1.134.957/SP, Min. Rel. Laurita Vaz, DJ 24.10.2016, DJe 30.11.2016, p. 31).

Dessa forma, em que pese o voto-vencido do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no qual se apontam meros fundamentos políticos e consequencialistas para defender a aplicabilidade do art. 16 da LACP, a Corte Especial do STJ restabeleceu e confirmou o importante precedente formado pelo órgão no julgamento do REsp repetitivo nº 1.243.887/PR, estendendo expressamente seu entendimento para todo o qualquer momento processual e para toda e qualquer situação jurídica objeto de ações coletivas, sejam estas, portanto, para a tutela de direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, como já defendíamos nas edições anteriores deste *Curso*.

CAPÍTULO 13

Liquidação e Execução da Sentença

Sumário - 1. A liquidação da sentença coletiva: 1.1. Conceito de liquidação; 1.2. Processo de liquidação, fase de liquidação e liquidação incidental; 1.3. A liquidação da sentença genérica proferida em processo em que se discutem direitos individuais homogêneos. Liquidação individual por legitimação ordinária e liquidação coletiva por substituição processual (legitimação extraordinária); 1.4. Liquidação de sentença proferida em processo coletivo em que se discutem direitos difusos ou coletivos em sentido estrito (prestações pecuniárias); 1.5. A *fluid recovery* - 2. Execução da sentença no processo coletivo: 2.1. Generalidades; 2.2. O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD, Art. 13 da Lei nº 7.347/1985); 2.3. A execução da sentença genérica na ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos. O problema da legitimidade ativa; 2.4. Execução fundada em sentença penal coletiva condenatória; 2.5. Execução coletiva fundada em título extrajudicial. O paradigma da execução das decisões do CADE; 2.6. Execução de decisão que determina a implantação de política pública. A possibilidade de uma execução negociada; 2.7. Regime jurídico das despesas processuais na execução coletiva; 2.8. Execução de sentença coletiva não impugnada pela Fazenda Pública e honorários advocatícios de sucumbência (súmula do STJ, n. 345, e o Art. 85, § 7º, do CPC) - 3. Competência para a liquidação e execução coletivas.

1. A LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA

1.1. Conceito de liquidação

A decisão judicial, para que possa definir de modo completo a norma jurídica individualizada, certificando o direito do credor a uma prestação (fazer, não fazer, entrega de coisa ou pagamento de quantia), deve conter pronunciamento sobre: *a)* o *an debeatur* (existência da dívida); *b)* o *cul debeatur* (a quem é devido); *c)* o *quis debeat* (quem deve); *d)* o *quid debeatur* (o que é devido); *e)* nos casos em que o objeto da prestação é suscetível de quantificação, *quantum debeatur* (a quantidade devida).¹

Partindo dessa premissa, diz-se ilíquida a decisão que (i) deixa de estabelecer o montante da prestação (*quantum debeatur*), nos casos em que o objeto dessa prestação seja suscetível de quantificação - por exemplo, a que condena o réu ao pagamento de indenização de valor a ser apurado em posterior liquidação - ou (ii) que deixa de individualizar completamente o objeto da prestação, qualquer que seja a sua natureza

1. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 338.

(*quid debeatur*) – por exemplo, a que determina ao réu que entregue duas toneladas de grãos sem identificar a espécie, ou a que impõe a construção de um muro, sem dizer como, onde nem quando fazê-lo.

Há casos, no entanto, em que o grau de iliquidez é ainda maior, atingindo outros elementos da relação jurídica individualizada, como ocorre, por exemplo, quando não se pode definir, na fase de conhecimento, quem é o seu sujeito ativo.²

O objetivo da liquidação é, portanto, o de integrar a decisão liquidanda, chegando a uma solução acerca dos elementos que faltam para a completa definição da norma jurídica individualizada, a fim de que essa decisão possa ser objeto de execução.

Dessa forma, *liquidação de sentença é atividade judicial cognitiva pela qual se busca complementar a norma jurídica individualizada estabelecida num título judicial*.

Complementando o conceito de liquidação, é importante fazer duas considerações:

a) há algumas situações em que a decisão define todos os elementos da norma jurídica individualizada, mas é necessário fazer cálculos aritméticos, de acordo com os parâmetros indicados na própria decisão ou na lei, para que se possa aferir, em pecúnia, o *quantum debeatur*; O CPC-1973 considerava que a elaboração desses cálculos era liquidação – chamava-a de “liquidação por cálculo do credor”.³ O CPC-2015 não mais considera isso liquidação. O art. 509 apenas fala em *dois tipos* de liquidação: a liquidação por arbitramento e a liquidação pelo procedimento comum. Portanto, segundo o regramento vigente, o conceito de liquidação não mais abrange a elaboração de cálculos.

b) em outros casos, quando as obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa não podem ser cumpridas na forma específica, abre-se, no curso da fase executiva do processo ou do próprio processo

autônomo de execução, um incidente cognitivo para apurar o valor em dinheiro dessa prestação, a fim de que se possa convertê-la numa obrigação de pagar quantia; a essa atividade de apuração do *quantum debeatur* também se dá o nome de liquidação.

c) O art. 509 do CPC fala em liquidação da sentença que “condenar ao pagamento de quantia ilíquida”. Pode-se, a partir disso, imaginar que a liquidação se restringe à decisão que impõe o pagamento de quantia. Mas isso não é verdadeiro. Qualquer decisão condenatória pode ser ilíquida, não apenas aquela que impõe o pagamento de quantia⁴. A incompletude da decisão ilíquida, qualquer que seja ela, deve ser integrada mediante liquidação.

1.2. Processo de liquidação, fase de liquidação e liquidação incidental

Existem três técnicas processuais para viabilizar a liquidação de sentença: (a) *fase de liquidação*: a liquidação ocorre dentro de um processo já existente, como questão principal de uma fase do procedimento exclusivamente destinada a esse objetivo; (b) *processo de liquidação*: a liquidação é objeto de um processo de conhecimento autônomo, instaurado com essa exclusiva finalidade; (c) *liquidação incidental*: a liquidação ocorre como um incidente processual da fase executiva do procedimento ou do processo autônomo de execução.

1.2.1. A fase de liquidação (ou liquidação-fase)

A liquidação por arbitramento e a liquidação pelo procedimento comum (CPC, art. 509, incisos I e II, respectivamente) devem ser buscadas, como regra, numa fase específica do processo que se abre com essa exclusiva finalidade: a fase de liquidação.

Toda a disciplina da liquidação de sentença está na Parte Especial do CPC, no Livro I, que cuida processo de conhecimento e do cumprimento de sentença. Mais especificamente, está no Capítulo XIV do Título I, que trata do procedimento comum. A topologia é eloquente: o CPC trata da

2. Ver o item sobre iliquidez, no capítulo relativo à teoria da decisão judicial, no v. 2 deste Curso.

3. Cândido Dinamarco entendia, mesmo sob a égide do CPC-1973, não haver aí, propriamente, liquidação, na medida em que, segundo dizia, “fazer contas não é liquidar, porque uma obrigação determinável por simples conta é líquida, não ilíquida” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 617). Não concordávamos com o seu pensamento. Não havia dúvida de que o grau de iliquidez de uma obrigação certificada nesses termos era menor, se comparada, por exemplo, a uma obrigação pecuniária cujo *quantum debeatur* sequer é determinado. Mas é justamente por isso que ela era ilíquida: as decisões podem ser mais ou menos ilíquidas, mas, em qualquer dessas hipóteses, são ilíquidas. A atividade necessária para liquidá-la – se uma “simples” conta, uma perícia ou ampla e complexa produção probatória – determinava, sob a égide do CPC-1973, apenas o procedimento de liquidação a ser adotado. Era um equívoco dizer que não havia liquidação só porque a atividade que se exigia era mínima. Era mínima, mas era atividade de quantificação. Atualmente, a discussão perde o sentido, já que, como visto, por opção legislativa, os cálculos aritméticos, embora continuem existindo, deixaram de ser considerados atividade de liquidação.

4. No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier: “a obrigação ilíquida será não apenas aquela relativa à fixação de valor em dinheiro, mas também em qualquer situação em que não exista definição quanto à mensuração da quantidade de coisas, indicação de extensão, volume, medida e, portanto, à grandeza ou ao tamanho daquilo que deva ser prestado pelo devedor” (WAMBIER, Luiz Rodrigues, “Da liquidação de sentença”, *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.), São Paulo: RT, 2015, p. 1313). Também assim: MAZZEI, Rodrigo, “Liquidação de sentença: breve ensaio a partir do CPC/15”, *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada – Execução*, Alexandre Freire, Lucas Buril e Ravi Petronio (coord.), Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 262.

liquidação de sentença justamente na parte que fica entre o regramento "da sentença e da coisa julgada" (Capítulo XIII) e o regramento "do cumprimento de sentença" (Título II), a indicar que a liquidação de sentença constitui uma etapa – algumas vezes, necessária – de *complementação* da atividade cognitiva e de *preparação* para a atividade executiva.

A despeito de se tratar de fase do procedimento, a liquidação depende de requerimento do interessado, que tanto pode ser o *credor* como o *devedor* (CPC, art. 509). Desse modo, a liquidação inicia-se por uma *demanda*, que contém objeto próprio, a ser examinado pelo juiz no exercício de *nova atividade cognitiva*, desenvolvida em contraditório e cooperação com as partes.

Formulada a demanda, o juiz determinará, no caso da liquidação por arbitramento, a *intimação* das partes para apresentação de pareceres e documentos (CPC, art. 510) ou, no caso da liquidação pelo procedimento comum, a *intimação* do requerido para apresentar contestação no prazo de quinze dias (CPC, art. 511).

O requerido será *intimado* do requerimento de liquidação de sentença, na pessoa do seu advogado ou da respectiva sociedade de advogados. Exige-se o contraditório, obviamente, mas não se fala em *citação* exatamente porque não há instauração de um novo processo; o processo de conhecimento continua pendente, agora em nova fase.

A decisão que encerra a fase de liquidação em primeiro grau de jurisdição é *sentença* (em sentido estrito), porque finaliza uma fase cognitiva do procedimento em primeira instância, complementando a norma jurídica individualizada estabelecida na decisão liquidanda. De fato, na primeira fase de conhecimento, o magistrado certifica alguns elementos da obrigação; nesta fase, certifica-se o elemento restante (normalmente, o *quantum debeatur*). Não se trata de decisão interlocutória, mas de sentença.

O silêncio sobre a *liquidação da sentença coletiva* não impede a interpretação de que o regramento geral também se lhe aplica; ou seja, *salvo* quando se tratar de execução individual de sentença coletiva relacionada a direitos individuais homogêneos – caso em que a liquidação deve ser buscada pelos titulares individuais, em processo autônomo –, a liquidação coletiva pode ser buscada numa fase específica do processo coletivo, sem a necessidade de instauração de um novo processo apenas com esse objetivo.

Assim, por exemplo, numa ação civil pública em que se busca reparação pelo equivalente pecuniário em virtude de prejuízos causados ao meio ambiente, a liquidação do valor da indenização por danos materiais imposta ao réu deve ser buscada como fase do processo, previamente à instauração da fase executiva do julgado.

1.2.2. O processo de liquidação

A regra é a liquidação como fase do processo; mas é possível que ela seja buscada por meio de *processo autônomo*.

Ainda remanesce o processo de liquidação para as hipóteses de sentença penal condenatória transitada em julgado, sentença arbitral (que não possa, eventualmente, ser liquidada no juízo arbitral), sentença estrangeira homologada pelo STJ, acórdão que julga procedente revisão criminal (art. 630 do CPP)⁵, bem como a sentença coletiva nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos. Nesses casos, ou não há processo anterior no qual seja possível instaurar-se uma fase de liquidação ou, mesmo havendo um processo anterior, nele não é possível instaurar-se nessa fase de liquidação.

Aplica-se-lhes, por analogia, o regramento previsto para a fase de liquidação, mas haverá necessidade da instauração de um processo autônomo. Assim, é necessária a *citação* do demandado, e não a simples intimação prevista nos arts. 510 e 511 do CPC. Essa é a razão do § 1º do art. 515 do CPC: "Nos casos dos incisos VI a IX, o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da sentença ou para a liquidação no prazo de 15 (quinze) dias".

Normalmente, em casos tais, a liquidação será pelo procedimento comum (CPC, art. 509, II), embora também possa ser, ao menos em tese, por arbitramento (CPC, art. 509, I), mas necessariamente ensejará um *processo autônomo de liquidação*, que se encerrará, em primeira instância, com a prolação de uma *sentença*.

1.2.3. A liquidação incidental (ou liquidação-incidente)

Além da *liquidação como fase* e da subsistência, em situações especiais, do *processo de liquidação*, remanesce também, no atual regramento, a *liquidação incidental*, assim entendida aquela que ocorre como incidente processual da execução.

A liquidação incidental é possível, por exemplo, na execução para a entrega de coisa ou de obrigação de fazer ou de não fazer, se, inviabilizado ou inútil o cumprimento da prestação específica, o objeto da execução é convertido em prestação pecuniária (CPC, art. 809, § 2º; art. 816, p. único; art. 823, p. único).

5. Nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, cit., p. 106.

Interessante

Outro exemplo é o da apuração das benfeitorias indenizáveis feitas pelo devedor ou pelo terceiro na coisa cuja entrega se pede (CPC, art. 810)⁶. O art. 810 diz que, nesse caso, "a liquidação prévia é obrigatória". Isso se dá, no entanto, nos casos em que o credor conhece a existência e sabe quais são essas benfeitorias indenizáveis. Nesse caso, deve buscar a sua liquidação prévia - por fase ou por processo autônomo, se for o caso. Sucede que o credor pode não conhecê-las, ou o assunto pode ser suscitado posteriormente, como exceção, pelo executado, em sua defesa à pretensão satisfativa já deduzida. Em casos tais, é necessário se instaurar um *incidente cognitivo de liquidação*.

Mais um exemplo se pode encontrar na execução de obrigação de dar coisa incerta, fundada em título executivo judicial ou extrajudicial, hipótese em que é necessário individualizar o bem a ser entregue (CPC, arts. 498, par. ún., e 811, par. ún.)⁷. Essa individualização será feita pelo exequente, já na petição que deflagra a execução, se lhe couber a escolha (CPC, art. 811, par. ún.), ou pelo executado, se a escolha for sua (CPC, art. 811, caput). Em ambos os casos, a individualização da coisa pode surgir como tema novo a ser discutido nos autos, num incidente cognitivo que tem caráter de liquidação. O art. 812 do CPC chega a prever expressamente a possibilidade de impugnação da escolha, a ser apresentada dentro do prazo de 15 dias. Perceba que o CPC não exige uma fase ou um processo prévios de individualização/liquidação da coisa. Inicia-se a execução e, dentro dela, incidentalmente, discute-se, se necessário, o assunto.

Por fim, o § 8º do art. 854 do CPC dispõe que "A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, quando assim determinar o juiz". O Enunciado n. 541 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) firmou o entendimento de que "a responsabilidade que trata o art. 854, § 8º, é objetiva e as perdas e danos serão liquidadas de forma incidental, devendo ser imediatamente intimada a instituição financeira para preservação do contraditório".

Nesses casos, a liquidação tanto pode ser incidental à *fase executiva* como incidental ao *processo autônomo executivo*.

6. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 8, p. 333.

7. Cândido Rangel Dinamarco nega o caráter liquidatório deste incidente e, por isso, chama-o de "incidente de concentração das obrigações" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 634-635). Isto porque, como já se viu, o autor tem entendimento mais restritivo acerca do conceito de liquidação.

A decisão que resolve a liquidação incidental é interlocutória, por resolver incidentalmente uma questão, sem encerrar o processo executivo. Se essa decisão interlocutória versar sobre o *mérito* da pretensão de liquidação, tem aptidão para, tornando-se irrecurável, fazer coisa julgada.

1.2.4. Síntese

Note, então, que, no âmbito da tutela coletiva, são admissíveis as três técnicas de liquidação: a) liquidação-fase: regra geral; b) liquidação-processo autônomo: liquidação individual de sentença relativa a direitos individuais homogêneos; c) liquidação-incidente: possível, sem qualquer peculiaridade, na execução coletiva.

1.3. A liquidação da sentença genérica proferida em processo em que se discutem direitos individuais homogêneos. Liquidação individual por legitimação ordinária e liquidação coletiva por substituição processual (legitimação extraordinária).

A sentença de procedência na ação coletiva para reparação de danos envolvendo direitos individuais homogêneos costuma ser, em regra, genérica (art. 95 do CDC); "não há possibilidade, diante da lei posta, de os legitimados obterem sentença que contenha condenação cujo *quantum* já esteja definido".⁸

O mais correto é pensar que isso é apenas uma regra: existem casos em que o juiz pode determinar um valor mínimo de indenização, não havendo de regra liquidação se a parte se conformar; existem casos em que o juiz poderá especificar uma fórmula a ser aplicada para determinar o valor devido; existem casos em que se tratando de obrigações de fazer ou não fazer, estas já venham determinadas na sentença para todos. Em todos esses casos a sentença será genérica, mas apta à execução.

A liquidação da sentença de condenação genérica, em tais casos, tem as suas peculiaridades.

A mais importante delas, sem dúvida, diz respeito à extensão do seu *thema decidendum*: nesta liquidação, apurar-se-ão a *titularidade do crédito* e o *respectivo valor*. Não se trata de liquidação apenas para a apuração

8. WAMBIER, Luis Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 371.

do *quantum debeatur*, pois. Em razão disso, foi designada de "liquidação imprópria".⁹ Trata-se de lição assente na doutrina brasileira.¹⁰

Nesta liquidação, serão apurados: a) os fatos e alegações referentes ao dano individualmente sofrido pelo demandante; b) a relação de causalidade entre esse dano e o fato potencialmente danoso acertado na sentença; c) a titularidade individual do direito. Em importante julgado o STF decidiu, em *obiter dictum*, ser essa matéria referente à *margem de heterogeneidade* dos processos para tutela dos direitos individuais homogêneos (RE 631.111/GO, Rel. Min. Teori Zavascki, em primoroso voto, de recomendável leitura). Ou seja, é justamente essa a diferença entre a ação individual e a ação coletiva para a condenação genérica: nesta fase se apresentam em juízo as particularidades dos titulares dos direitos individuais.

Outro destaque, efetuado por Cândido Dinamarco, refere-se ao conteúdo da sentença de liquidação, que terá duas declarações: a) a de que o demandante é credor de uma indenização; b) a de que o valor desta é o apurado em conformidade com o procedimento de liquidação e a sentença genérica. Com isso teremos a certeza da obrigação, com a definição do titular do direito, e o valor correspondente, liquidez.

Perceba que essa sentença poderá ser liquidada pela vítima ou seus sucessores, individualmente, que deverá *habilitar* o seu crédito, em procedimento semelhante ao da *falência*, bem como pelo legitimado extraordinário coletivo, que deverá proceder à identificação dos credores individuais (art. 97 do CDC).

A liquidação do titular de direito individual dar-se-á por legitimação ordinária, em processo autônomo.

A liquidação pelo colegitimado dar-se-á por substituição processual, legitimação extraordinária autônoma, nos mesmos moldes da execução, como veremos a seguir, de regra no próprio processo que originou o título executivo, liquidação fase.

A liquidação coletiva tanto pode fazer-se por arbitramento como pelo procedimento comum.¹¹

9. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 4, p. 631-632.

10. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 321; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 3ª ed., cit., p. 435; WAMBIER, Luis Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 373; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 195.

11. Há quem defenda que apenas pode ser por artigos, em razão da necessidade de provar-se fato novo (WAMBIER, Luis Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3ª ed., cit., p. 380; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, p. 194; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a*

1.4. Liquidação de sentença proferida em processo coletivo em que se discutem direitos difusos ou coletivos em sentido estrito (prestações pecuniárias)

A sentença coletiva, em tais casos, pode dar ensejo a uma execução coletiva e a uma execução individual, proposta pela vítima, a partir do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva.

No primeiro caso, a liquidação da sentença não se distinguiria da liquidação de uma sentença individual, podendo ser feita por *artigos* ou *pelo procedimento comum*. Buscar-se-á a identificação do *quantum debeatur*, tendo em vista que os demais elementos da obrigação já foram certificados, inclusive o *cui debeatur* (a quem se deve, no caso a comunidade lesada, titular do direito coletivo).

No segundo caso, a liquidação segue o padrão da liquidação da sentença genérica envolvendo direitos individuais homogêneos, com a necessidade de identificação do valor a ser executado e o titular do crédito, nos termos examinados no item anterior.

1.5. A fluid recovery

1.5.1. Generalidades

Se, decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 do CDC promover a liquidação e execução da sentença coletiva genérica relacionada aos direitos individuais homogêneos (art. 100 do CDC).

O produto desta execução reverterá ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) e se chama *fluid recovery* ("indenização fluida" ou recuperação fluida - já que se trata dos valores referentes aos titulares dos direitos individuais recuperados para o FDD para garantir o princípio da tutela integral do bem jurídico coletivo), conforme o parágrafo único do art. 100 do CDC.

tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, p. 197). O primeiro autor, mais à frente em sua obra, afirma ser possível a liquidação por arbitramento na execução de sentença coletiva (difusos e coletivos em sentido estrito). Pensamos a liquidação de sentença coletiva, em qualquer de suas espécies, pode ser por arbitramento ou por artigos. Na liquidação por arbitramento, também é necessário provar um fato novo (a extensão do dano), mas essa prova pode ser feita por perícia, sem necessidade de produzir outros meios de prova.

*Trata-se de uma liquidação coletiva proveniente de uma sentença condenatória proferida em ação envolvendo direitos individuais homogêneos.*¹²

Ada Pellegrini Grinover expõe os fundamentos da *fluid recovery*:

"A jurisprudência norte-americana criou então o remédio da *fluid recovery* (uma reparação fluida), a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade: por exemplo, para fins gerais de tutela dos consumidores ou do ambiente.

(...)

(...) o legislador brasileiro não descartou a hipótese de a sentença condenatória não vir a ser objeto de liquidação pelas vítimas, ou então de os interessados que se habilitarem serem em número incompatível com a gravidade do dano. A hipótese é comum no campo das relações de consumo quando se trate de danos insignificantes em sua indivisibilidade mas ponderáveis no conjunto: imagine-se, por exemplo, o caso de venda de produto cujo peso ou quantidade não corresponda aos equivalentes ao preço cobrado. O dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo sofrido por cada consumidor lesado. Foi para casos como esses que o *caput* do art. 100 previu a *fluid recovery*."¹³

Perceba que o art. 100 prevê uma legitimação extraordinária subsidiária: só é permitido ao ente coletivo instaurar a liquidação coletiva após um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica.¹⁴ O STJ entendeu que essa legitimação depende da publicação de edital, com o conteúdo da sentença coletiva, convocando as vítimas; o Ministério Público,

12. Registre-se o posicionamento de Marcelo Abelha Rodrigues: "Em razão do fato de que a reparação fluida prevista no art. 100 do CDC deriva de uma ação coletiva originariamente veiculada para a tutela de direito individual homogêneo, não pugnamos pela possibilidade de que seja possível a utilização da reparação fluida (art. 100 do CDC), quando as liquidações individuais sejam oriundas da coisa julgada *in utilibus*. (...) Dessa forma, caso fosse possível a reparação fluida resultante dos prejuízos não reclamados a título individual, haverá duplamente a proteção dos interesses difusos, só que um nascido da violação de uma norma jurídica cujo objeto tutelado seria um bem difuso (que deu origem à coisa julgada *in utilibus*), e outra resultante do resíduo deixado pela ausência de liquidações individuais, quando comparado à gravidade do dano sob o ponto de vista de indivíduos lesados". (RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC", cit., p. 466, nota 9).

13. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., cit., p. 893.

14. RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC", cit., p. 462, nota 4. Para Luiz Rodrigues Wambier, o prazo pode começar a correr antes do trânsito em julgado, se o recurso contra a decisão exequenda não tiver sido recebido com efeito suspensivo (WAMBIER, Luis Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*, 3ª ed., cit., p. 384-385).

por exemplo, somente poderia proceder à *fluid recovery* após o prazo de um ano, contado da publicação desse edital¹⁵.

Além disso, aqui há liquidação verdadeiramente coletiva:¹⁶ apura-se um montante devido a vítimas indeterminadas (exatamente porque não requereram a sua liquidação individual), que será revertido ao FDD.

Cabem as observações críticas de Marcelo Abelha Rodrigues, que teme por eventual *bis in idem*, tendo em vista a exiguidade do prazo de um ano, que pode acarretar a situação de a liquidação fluida começar e terminar antes mesmo de o indivíduo ter promovido a sua liquidação individual. Seria possível a "esdrúxula situação onde as sobras (resíduo) foram apuradas antes mesmo do principal ter sido liquidado e satisfeito!"¹⁷ Também seria possível a concomitância de liquidação individual e coletiva, devendo suspender-se o processamento da liquidação coletiva,¹⁸ porque o valor a ser apurado na liquidação individual deverá ser "compensado".¹⁹

Por isso, entende Marcelo Abelha Rodrigues, com razão, que "melhor teria feito o legislador se tivesse fixado o prazo de início da ação de reparação fluida para o fim do prazo prescricional de exercício judicial do direito reconhecido como existente na sentença condenatória genérica. Nesse caso, seria possível obter alguma segurança não só em relação às indenizações já pagas, mas também em relação as que estivessem em curso, tendo em vista a existência de certeza que daí para frente não poderia surgir nenhuma ação nova".²⁰

Por outro lado, uma solução razoável seria permitir ao juiz determinar qual o momento em que, arrefecidas as liquidações e execuções individuais, ficaria autorizada a liquidação e execução coletiva. Caso contrário, o prazo prescricional muito extenso poderia prejudicar a efetividade da função para a qual foi estabelecida a *fluid recovery*.

Esse prazo de um ano não implica perda do direito de a vítima liquidar e executar os créditos individuais. Trata-se de prazo legal que compõe o suporte fático do surgimento da legitimidade extraordinária coletiva para a instauração do pedido de liquidação da *fluid recovery*.

Há regra especial, destinada à proteção dos investidores no mercado de valores mobiliários, em que também se prevê a perda do direito

15. STJ, 4ª T., REsp n. 1.156.021/RS, rel. Min. Marco Buzzi, j. em 06.02.2014; STJ, 4ª T., REsp n. 869.583/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 05.06.2012.

16. WAMBIER, Luis Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 371.

17. RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC", cit., p. 465.

18. RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC", cit., p. 465-466.

19. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., p. 895.

20. RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC", cit., p. 466.

potestativo à habilitação do crédito, sem que se perca o direito ao crédito. Em tais casos, "decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de dois anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985" (art. 2º, § 2º, da Lei n. 7.913/1989).

Note, ainda, como bem percebeu Marcelo Abelha Rodrigues, que a liquidação coletiva nestes casos é *residual*: só é possível promover essa liquidação, se o número de interessados que promoveu liquidações individuais não for compatível com a gravidade do dano.

A razão de ser da regra é impedir que o condenado na ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos esteja em "situação de vantagem", quando se confronta "o resultado obtido com a conduta danosa e a reparação a qual foi submetido judicialmente".²¹ O objetivo dessa liquidação é apurar o "*quantum* residualmente devido", o que é extremamente difícil,²² daí a designação "reparação fluida", "indenização fluida" ou "*fluid recovery*". Cabe ao réu, nesta ação de liquidação, apontar a existência de liquidações individuais em andamento e o eventual pagamento já realizado a alguns indivíduos, para que o magistrado possa quantificar mais justamente o valor da indenização fluida.

1.5.2. Alternativas atípicas à *fluid recovery* do art. 100 do CDC

A teoria que está por detrás do instituto da "*fluid recovery*" (*cy-près*) parte da ideia de "melhor uso alternativo" de uma verba, tendo em vista a inviabilidade de seu uso para a finalidade originária. A indenização fluída é direcionada a um fundo de proteção de direitos coletivos, já que não foi direcionada às vítimas da lesão.²³

Este Curso, como visto, adota alguns pressupostos dogmáticos que, nesse momento, precisam ser lembrados: a) o devido processo legal é concretizado, também, pelo subprincípio da adequação do processo

21. RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC", cit., p. 463.

22. Marcelo Abelha sugere, então, que se interprete a *fluid recovery* não como a liquidação de um prejuízo residual, mas sim como uma indenização de caráter punitivo, cujo critério de aferição seria o lucro ou vantagem econômica obtida pelo responsável pelo dano causado. "A comparação do que foi efetivamente pago (portanto, bem depois de um ano das liquidações) com o "lucro" obtido pelo responsável forneceria um mínimo de segurança para se aplicar uma punição menos imaginativa e mais próxima da realidade". (RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC", cit., p. 468).

23. Sobre a fundamentação do instituto, amplamente, MULHERON, Rachael. *The Modern Cy-Près Doctrine*. Londres: UCL Press, 2006.

jurisdicional, que se revela em três dimensões: legislativa, jurisdicional e convencional; b) a tutela integral do dano é uma das normas fundamentais do processo coletivo brasileiro; c) a atipicidade da atividade executiva é consagrada, mesmo na execução por quantia certa e no processo coletivo, pelo inciso IV do art. 139 do CPC; d) a cláusula geral de negociação processual consagrada no art. 190 do CPC é aplicável à tutela coletiva.

Todas essas premissas, já desenvolvidas ao longo desse Curso, autorizam o órgão julgador a fazer adaptações ao regramento da "*fluid recovery*" previsto no art. 100 do CDC.

Assim, pode o órgão julgador, por exemplo:

- substituir a indenização destinada ao fundo, por uma redução temporária dos preços de alguns produtos ou serviços da empresa executada, de modo a ressarcir, também coletivamente, os consumidores²⁴;
- determinar a alteração em serviços ou estruturas da empresa - "decisão estrutural", tal como estudada no capítulo dos "Aspectos gerais", neste volume do Curso;
- determinação de criação de fundos específicos para a tutela de determinados grupos, de determinados bens jurídicos ou interesses tutelados, restringindo ainda a aplicação dos recursos em determinada localidade, de modo a garantir que o valor da reparação fluída seja utilizado na tutela de direitos dos membros do grupo ou do bem jurídico ou interesse lesado (p. ex.: se o grupo for composto majoritária ou totalmente por idosos, criar-se-ia um fundo para a tutela de direito de idoso; a técnica visa evitar que o dinheiro arrecadado seja utilizado pelo fundo que serve à generalidade dos direitos coletivos de uma maneira a tutelar direitos que não se relacionam com o grupo das vítimas lesadas).

Além disso, é plenamente possível que os colegitimados, o Ministério Público e o executado possam convencionar (com base no art. 190, CPC) uma alternativa à "*fluid recovery*" prevista no art. 100 do CDC, inclusive convertendo a reparação em obrigações de entrega de coisa, fazer, não fazer ou desfazer.

24. Hipótese inspirada em experiências estrangeiras (MULHERON, Rachael. *The Modern Cy-Près Doctrine*. Londres: UCL Press, 2006, p. 218 e segs.).

Em todos os casos, será indispensável, ainda, observar o dever de fundamentação adequada da decisão judicial, a máxima efetividade da execução e o princípio da menor onerosidade da execução (art. 805, CPC), este último restrito ao caso que as alternativas de satisfação sejam equivalentes para o exequente.²⁵

2. EXECUÇÃO DA SENTENÇA NO PROCESSO COLETIVO

2.1. Generalidades

O tema é de especial relevância. A efetividade é o signo que marca as modernas preocupações processuais (art. 4º, CPC). Devemos, contudo, ater os olhos na efetividade virtuosa e na realização do direito pelo processo com a observância da "máxima coincidência" entre o que a parte obtém do processo e aquilo que teria obtido caso o direito fosse realizado sem conflito, sem crise, pacificamente (postulado da máxima coincidência). Isto também considerando o tempo e o modo de realização desse direito. Daí a importância de se repensar a execução e as técnicas de efetivação das decisões judiciais frente aos imperativos da tutela coletiva.²⁶

A execução da sentença coletiva segue, em linhas gerais, o sistema do CPC, segundo o qual a execução deve ocorrer como fase de um único processo sincrético, após o trânsito em julgado da decisão e caso o devedor não tenha adimplido espontaneamente a condenação. Tudo o quanto foi dito a respeito do tema, no v. 5 deste *Curso*, aplica-se à efetivação da sentença coletiva.

A efetivação da sentença coletiva dependerá, pois, da natureza do direito coletivo *lato sensu* que venha a ser afirmado.

Quando se tratar de direito difuso, v.g. direito ao meio ambiente equilibrado e saudável, a ilegalidade será corrigida abrangendo a reversão (correção ou prevenção) da situação lesiva independentemente da determinação dos titulares. Também poderá abranger a condenação, como é o

25. "Quanto às garantias do executado, vale dizer que estas não são o foco principal da atividade executiva, como se extrai da prevalência do princípio de que a execução se faz no interesse do credor (art. 797, CPC) sobre o princípio da menor onerosidade possível (art. 805, CPC). A menor onerosidade possível somente ocorre em relação aos meios executivos de igual efetividade, ou seja, um executado não pode obstar uma execução, afirmando um meio executivo menos efetivo sob o argumento de que este é um meio executivo menos oneroso para si" (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Artigos 824 ao 925. São Paulo: RT, 2016, p. 83).

26. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e processo de conhecimento". In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 244-259.

caso do dano moral ambiental²⁷ e das reparações em pecúnia para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da Lei nº 7.347/1985).²⁸

A execução coletiva pode ser promovida por qualquer legitimado coletivo, inclusive por aquele que não tenha sido o autor da ação coletiva de conhecimento.

É o que se pode extrair do texto do art. 15 da Lei nº 7.347/1985, que, porém, prevê um prazo para a configuração da legitimação extraordinária dos demais colegitimados, que parece bastante irrazoável (a execução coletiva é também uma ação, à semelhança da ação de conhecimento coletiva; se o legitimado poderia tê-la proposto autonomamente, porque não o faria do mesmo modo com a ação executiva?):

"Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados".

Como já foi referido, os direitos difusos apresentam-se, *prima facie*, como indivisíveis. A ordem servirá como freio da atividade lesiva ou como correção de forma genérica. É o caso, por exemplo, da concessão de licença para construção na orla marítima sem o prévio estudo do impacto ambiental.²⁹ Essa atividade, como potencialmente nociva para a flora e fauna locais e o equilíbrio ambiental como um todo, deverá observar os comandos constitucionais que estabelecem a necessidade da previsão das consequências aferindo a viabilidade do projeto (art. 225, inc. IV, da CF/88). Sendo concedida ordem coletiva para impedir a continuação das obras, toda a coletividade será beneficiada sem a necessidade de individuação dos seus membros.

Outra situação semelhante, ainda em decorrência da indivisibilidade característica do direito tutelado, ocorrerá quanto à tutela dos direitos coletivos *stricto sensu*. Nesses casos, v.g. a proibição de que advogados

27. Confira-se a obra seminal de LEITE, José Rubens Morato. *Dano moral ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

28. Quando tratar-se de condenação ilíquida para a reparação de danos materiais coletivos *stricto sensu* ou difusos, bem como quando se tratar de condenação genérica (direitos individuais homogêneos), a execução deverá ser precedida de liquidação. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação de sentença*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 215-297; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998; VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

29. Sobre a tutela coletiva em matéria ambiental cf. TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: RT, 2004. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998; MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2002.

retirem os autos de processos em determinado período, a decisão que ordenar a reversão da medida ilegal atingirá a todos os membros do grupo, categoria ou classe, também independentemente de individuação, sendo apenas necessária a ordem de reversão da atividade lesiva.

Celso Agrícola Barbi observou que: "(...) se houver necessidade de enumerar as pessoas favorecidas pela decisão, o juiz enviará os nomes e demais dados, de maneira que ela seja cumprida em seus exatos limites".³⁰ Quando existirá essa necessidade? Bom, é bem provável que nos casos em que se tutelem direitos individuais homogêneos com características próprias, a determinação e a individuação podem mostrar-se necessárias, porém apenas para o cumprimento da decisão, não para a análise e deferimento do pedido.³¹ Geralmente será o caso das tutelas coletivas condenatórias.³² A execução da sentença genérica em ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos merece tratamento destacado, em item mais à frente.

É também possível que a sentença proferida em um processo em que se discutem direitos difusos ou coletivos seja utilizada por um indivíduo como título de uma execução individual, tendo em vista a extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva ao plano individual, já examinada.

Obviamente, antes de executar a decisão, o indivíduo deverá proceder à liquidação do seu crédito, em que deverá demonstrar, inclusive, que é titular de um crédito (liquidação com *thema decidendum* mais amplo do que a liquidação individual prevista no CPC, restrita à decisão sobre o valor ou sobre a coisa a ser executada).

30. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1.

31. Na lição de Bulos sobre direitos individuais homogêneos essa postura já fica clara, "Interesses de origem comum são aqueles que possuem identidade com a *causa petendi*. Acarretando assim uma série de consequências práticas. Tais particularidades aparecerão, tão somente, na fase de liquidação da sentença coletiva, quando cada titular do direito individual, além de provar o montante de seu crédito, deverá comprovar que participa da comunidade de pessoas, para que seja comprovada a natureza individual homogênea do seu direito, decorrente de uma mesma origem". (BULOS, Uadi Lammêgo. *Mandado de segurança coletivo*, p. 63).

32. Para uma teoria da execução coletiva em sentido amplo, cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Liquidação na ação civil pública: o processo e a efetividade dos direitos humanos, enfoques civis e trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004. O trabalho apesar de especialmente vocacionado para a tutela metaindividual trabalhista apresenta estudo sério sobre o tema, sendo contribuição de valor geral e abrangente na área da execução e liquidação coletiva. Sobre o mesmo tema observou Pedrassani a necessidade de se fazer um reexame da "normatização processual laboral" para demonstrar que: "aquele pretérito 'processo coletivo' previsto no capítulo IV do título X da CLT, ante o seu restrito objeto - direito coletivo à normatização coletiva ou à interpretação de norma jurídica, independentemente de sua fonte formal -, mostra-se incompatível para garantir uma efetiva tutela dos direitos metaindividuais" (cf. PEDRASSANI, José Pedro. *Aspectos da tutela judicial de direitos metaindividuais do trabalho perante a jurisdição trabalhista*. São Paulo: LTr, 2001, p. 117). Daí o acerto de ambos na afirmação conjugada da LACP e do CDC para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* decorrentes das relações de trabalho.

Percebe-se, então, que a sentença coletiva (difusos e coletivos em sentido estrito) pode tanto ser executada coletivamente, para efetivar o direito coletivo certificado, como individualmente, para efetivar o direito individual da-quele que se beneficiou com o transporte in utilibus da coisa julgada coletiva.

É possível que surja um concurso envolvendo os créditos coletivos e os créditos individuais decorrentes de sentença coletiva ou de sentenças individuais, proferidas em processos individuais referentes ao mesmo evento danoso. Nesse caso, os credores individuais têm privilégio no recebimento de seus créditos (art. 99 do CDC).³³

Execução de sentença condenatória coletiva (direitos difusos/coletivos)	Execução de pretensão coletiva Execução de pretensão individual, por força do transporte <i>in utilibus</i> da coisa julgada coletiva para o plano individual (art. 103, § 3º, CDC).	Proposta por qualquer legítimo extraordinário coletivo Proposta pela vítima
---	---	--

2.2. O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD, Art. 13 da Lei nº 7.347/1985)

O art. 13 da Lei nº 7.347/1985 assim está escrito: "Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados".

Assim, havendo condenação ao pagamento de quantia em ação fundada em direito difuso ou coletivo em sentido estrito (qualquer dos casos previstos no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, conforme o art. 1º do Decreto nº 1.306/1994),³⁴ o dinheiro arrecadado deve ser direcionado a esse fundo, que também receberá os recursos advindos de multas por descumprimento

33. Art. 99 do CDC: "Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento".

34. "Art. 1º O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos".

de decisões judiciais e as doações de pessoas naturais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, à proteção dos direitos coletivos, dentre outras receitas previstas no § 2º do art. 1º da Lei nº 9.008/1995.³⁵ Também será destinada a esse fundo a *fluid recovery* ("indenização fluida"), prevista no art. 100 do CDC, no caso de sentença genérica que determina a indenização de direitos individuais homogêneos.

O FDD será gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, com sede em Brasília, e composto pelos seguintes membros: I – um representante da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, que o presidirá; II – um representante do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal; III – um representante do Ministério da Cultura; IV – um representante do Ministério da Saúde vinculado à área de vigilância sanitária; V – um representante do Ministério da Fazenda; VI – um representante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; VII – um representante do Ministério Público Federal; VIII – três representantes de entidades civis que atendam aos pressupostos dos incisos I e II, do art. 5º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (art. 3º do Decreto nº 1.306/1994).

Os recursos arrecadados no FDD serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no art. 3º da Lei 9.008/1995,³⁶ e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou do dano causado (art. 7º do Decreto nº 1.306/1994). É por isso que o § 3º do art. 1º da Lei nº 9.008/1995 determina que os recursos arrecadados pelo FDD

35. § 2º do art. 1º da Lei Federal nº 9.008/1995: "Constituem recursos do FDD o produto da arrecadação: I – das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 1985; II – das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais; III – dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; IV – das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989; V – das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; VI – dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo; VII – de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo; VIII – de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras".

36. Art. 3º da Lei nº 9.008/1995: "I – zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos nas Leis nº 7.347, de 1985, 7.853, de 1989, 7.913, de 1989, 8.078, de 1990, e 8.884, de 1994, no âmbito do disposto no § 1º do art. 1º desta Lei; II – aprovar e firmar convênios e contratos objetivando atender ao disposto no inciso I deste artigo; III – examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa; IV – promover, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, eventos educativos ou científicos; V – fazer editar, inclusive em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre as matérias mencionadas no § 1º do art. 1º desta Lei; VI – promover atividades e eventos que contribuam para a difusão da cultura, da proteção ao meio ambiente, do consumidor, da livre concorrência, do patrimônio histórico, artístico, estético, turístico, paisagístico e de outros interesses difusos e coletivos; VII – examinar e aprovar os projetos de modernização administrativa a que se refere o § 3º do art. 1º desta Lei."

serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas à natureza do direito violado (proteção ao meio-ambiente, ao patrimônio histórico etc.). Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível (par. ún. do art. 7º do Decreto nº 1.306/1994).

Como é possível que haja pretensões individuais de reparação de dano, decorrente de um mesmo evento danoso (que repercutiu coletiva e individualmente), e o credor individual tem privilégio em relação ao crédito coletivo (art. 99 do CDC, conforme visto), "a importância recolhida ao FDD terá sua destinação sustada enquanto pendentes de recursos as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas (par. ún. do art. 8º do Decreto nº 1.306/1994)".

O CFDD, mediante entendimento a ser mantido com o Poder Judiciário e os Ministérios Públicos Federal e Estaduais, deverá ser informado sobre a propositura de toda ação civil pública, a existência de depósito judicial, de sua natureza, e do trânsito em julgado da decisão (art. 11 do Decreto nº 1.306/1994).

O art. 13 da Lei nº 7.347/1985 autoriza a destinação de recursos para fundos estaduais e federais. Vimos, até agora, o regramento dos fundos federais. Cada Estado-membro pode instituir fundos estaduais, por meio de leis estaduais.

Note-se que a Lei n. 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial) acrescentou um parágrafo ao art. 13, esclarecendo que as verbas destinadas ao FDD por decorrência dos atos de discriminação étnica terão sua destinação vinculada: "§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente".

O importante é que a nova redação expressamente autoriza a utilização dos recursos pelos Conselhos Municipais, o que em alguns casos já

vem sendo efetuado, beneficiando diretamente as comunidades atingidas, em conformidade com o âmbito da lesão.

2.3. A execução da sentença genérica na ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos. O problema da legitimidade ativa

A execução da sentença em ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos é regulada pelos arts. 97-100 do CDC, podendo ser promovida pelas vítimas e seus sucessores, bem como pelos legitimados em lei para promover a ação (substitutos processuais). A execução poderá ser coletiva ou individual, mediante extração de certidão de sentença.

Como já foi dito, o Código de Defesa do Consumidor é o veículo normativo responsável pelo regramento da ação coletiva para a responsabilidade pelos danos a direitos individuais homogêneos (arts. 91 a 100), tendo em vista que a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) cuida, sobretudo, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos nas demais hipóteses. Os arts. 97 e 98 cuidam especificamente da execução da sentença coletiva condenatória *in pecunia* nessas situações. Permitem, esses dispositivos, tanto a execução individual da sentença coletiva quanto a execução coletiva da sentença coletiva. Vejamos os dispositivos:

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

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções."

Há a execução individual da sentença coletiva.

A sentença coletiva produz efeitos no plano individual, se for para beneficiar - extensão *in utilibus* da coisa julgada do plano coletivo para o plano individual (art. 103, § 3º, CDC, no caso das ações para tutela de pretensões coletivas *stricto sensu* e/ou difusas) e, no caso das ações que versem sobre direitos individuais homogêneos, a regra da extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva (art. 103, III, CDC). Uma vez liquidada a sentença condenatória genérica - liquidação essa que tem por objetivo verificar a extensão do dano e a identidade da vítima -, poderá o prejudicado ou seus sucessores, individualmente, promover a execução da sentença (art. 97 do CDC).

Há, ainda, execução coletiva da sentença coletiva.

Estão legitimados para essa execução aqueles mesmos do art. 82 do CDC. "A execução coletiva é necessariamente individualizada, abrangendo o grupo de vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas na(s) sentença(s) de liquidação"³⁷ (art. 98 do CDC). Essa execução coletiva só é assim denominada porque proposta por um legitimado coletivo, tendo em vista que o seu objeto é composto por pretensões individuais já liquidadas.

Nesse sentido é a lição de Marcelo Abelha Rodrigues:

"Ao contrário do que preconiza o art. 98 do CDC, nem a liquidação e nem a execução da norma jurídica concreta referida (...) será coletiva, ainda que o legitimado (e desde que a lei autorize a legitimidade extraordinária) seja ente coletivo, pelo simples fato de que o direito tutelado é individual puro".³⁸

Arremata Marcelo Abelha: "Nesse caso, tem-se aí uma *ação pseudocoletiva*, formada pela soma de parcelas identificadas de direitos individuais".³⁹

Enquanto a execução da sentença essencialmente coletiva (direitos difusos e coletivos em sentido estrito) somente pode ser promovida pelos legitimados extraordinários coletivos, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a execução pode ser promovida tanto pelos colegitimados ativos (Lei n. 7.347/1985, art. 5º, e CDC, art. 82), como pelos próprios prejudicados ou seus sucessores, em caráter individual.⁴⁰

Ada Pellegrini Grinover entende que os legitimados do art. 82 do CDC agem, no caso, como representantes processuais, e não legitimados extraordinários, pois não agiriam em nome próprio, mas em nome das vítimas identificadas na liquidação.⁴¹ Haveria, portanto, a necessidade de autorização expressa.

37. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 694.

38. RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC". *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 462.

39. RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC", cit., p. 462, nota 3. No mesmo sentido, ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo de Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 119-120.

40. ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 215-216. Também assim, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1346; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio-ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 284; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código Civil Anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 984; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Tutela Jurisdicional dos Consumidores*. *Procedimentos especiais civis - legislação extravagante*. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1121.

41. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., cit., p. 887.

Cumpra lembrar, porém, que a execução promovida pelos entes legitimados abrangerá apenas as vítimas que já tiverem suas indenizações liquidadas (art. 98 do CDC); mesmo que essa liquidação seja procedida pelo próprio ente coletivo, ela é pressuposto para a execução. Sucede, porém, que, "decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida" (art. 100 do CDC). Nesse caso, o produto da execução reverterá ao fundo de defesa dos direitos difusos (FDD), consistindo no que se convencionou denominar de *fluid recovery*. Aqui, temos uma execução verdadeiramente coletiva, fundada em sentença proferida em processo em que se discutiam direitos individuais homogêneos. Trata-se de uma execução para buscar uma indenização residual, em razão da desproporção entre as consequências do ilícito praticado e o valor das indenizações individuais buscadas.

A execução de uma sentença genérica (obrigação de pagar quantia, "responsabilidade pelos danos individualmente sofridos", art. 91, *caput*, CDC, direitos individuais homogêneos) pode ser *individual*, proposta pelo próprio indivíduo ou pelos legitimados extraordinários coletivos (denominada como *coletiva* pela lei, mas que, em verdade, é uma execução individual plúrima), ou *coletiva*, no caso de execução da *fluid recovery*.

Execução de sentença condenatória genérica (direitos individuais homogêneos)	Execução das pretensões individuais	Proposta pela(s) vítima(s): art. 97, CDC Proposta pelo legitimado extraordinário coletivo (vítimas já identificadas): art. 98, CDC
	Execução de indenização coletiva residual (<i>fluid recovery</i>)	Proposta pelo legitimado extraordinário coletivo: art. 100, CDC

A legitimação extraordinária para a execução de direitos individuais provenientes de sentença genérica é tema bastante polêmico.

No STF, a questão foi objeto de acesa controvérsia, por conta da interpretação do inciso III do art. 8º da CF/1988 ("ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas").

O conteúdo da polêmica está bem examinado no acórdão que julgou os recursos extraordinários 193.503/SP, 193.579/SP, 208.983/SC, 210.029/RS, 211.874/RS, 213.111/SP, 214.668/ES, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel.

p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, J. em 12.6.2006, publicado no Informativo nº 431 do STF. Acabou prevalecendo a orientação aqui defendida, embora no caso concreto referindo apenas aos sindicatos: os entes legitimados à tutela coletiva têm legitimação tanto para certificar quanto para efetivar direitos. A tese vencida, liderada pelo Min. Nelson Jobim, admitia a legitimação extraordinária para a execução, desde que houvesse expressa autorização dos sindicalizados (portanto, por representação processual).

Convém transcrever o trecho do Informativo do STF:

"O Tribunal, por maioria, na linha da orientação fixada no MI 347/SC (DJU de 8.4.94), no RE 202063/PR (DJU de 10.10.97) e no AI 153148 AgR/PR (DJU de 17.11.95), conheceu dos recursos e lhes deu provimento para reconhecer que o referido dispositivo assegura ampla legitimidade ativa *ad causam* dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes. Vencidos, em parte, os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, que conheciam dos recursos e lhes davam parcial provimento, para restringir a legitimação do sindicato como substituto processual às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas nos processos de conhecimento, asseverando que, para a liquidação e a execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador".

O entendimento foi reafirmado em repercussão geral:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 8º, III, DA LEI MAIOR. SINDICATO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUTO PROCESSUAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. I - Repercussão geral reconhecida e reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos." (RE 883642 RG, Relator(a): Min. Ministro Presidente, julgado em 18/06/2015, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito DJe-124 divul. 25-06-2015 public. 26-06-2015)

O STJ, contudo, tem aplicado extensivamente a regra do precedente no RE 572.232/SC, para além do que lá fora estabelecido. Naquele caso discutia-se a representação do art. 5º, XXI, da CF/88, não uma ação coletiva por substituição processual. Por isto o STF entendeu pela necessidade de

autorização. A leitura integral do acórdão deixa claro o erro na individualização dos fundamentos determinantes, como demonstrado no capítulo sobre legitimação, para onde se remete o leitor.

Ao ampliar a tese, o STJ tem negado legitimação para o titular do direito individual que não autorizou o ajuizamento da ação (REsp 1129023/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016); e vem extinguindo todas as execuções que envolvem titulares que não autorizaram expressamente a associação ao ajuizamento da ação (REsp 1165040/GO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016).

A leitura dos julgados não deixa clara a situação fática, o que dificulta a análise. Contudo, reafirma-se: a) sendo representação, ação em nome alheio para defesa de direito alheio, exige-se a autorização; b) sendo substituição processual, defesa de direito alheio em nome próprio, esta não é exigível no processo coletivo.

Pelo menos quanto aos sindicatos surgiu um acórdão divergente, aplicando corretamente o precedente do STF e realizando o *distinguishing* em relação ao RE 573.232/SC:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA PROPOSTA POR SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA DO EXEQUENTE. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO RELATOR PARA EXAME DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO, NA FORMA DO ART. 543-B, § 3º, DO CPC, FRENTE AO JULGAMENTO PELO PRETÓRIO EXCELSO NO RE 573.232 RG/SC, REL. MIN. MARCO AURÉLIO. QUESTÕES DISTINTAS. INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. ACÓRDÃO EMBARGADO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO RE 883.642 RG/AL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO REJEITADO. MANUTENÇÃO DO JULGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. O Pretório Excelso no julgamento do RE 573.232 RG/SC, rel. Min. Marco Aurélio, sob a sistemática do art. 543-B do CPC, ao interpretar o disposto no art. 5º, XXI, da Constituição Federal ('as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente'), firmou entendimento no sentido de que, nas execuções de sentença coletiva promovidas por associações de classe, as balizas subjetivas do título executivo judicial são definidas pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. 2. *In casu*, não há que se falar em juízo de retratação para alinhar o acórdão embargado ao entendimento firmado pelo STF, porquanto, o presente *casu* versa sobre execução de sentença coletiva proposta por sindicato, de modo

que a previsão constitucional se funda no art. 8º, III, da Constituição Federal, e não no art. 5º, XXI, da Constituição Federal, o qual refere-se apenas às associações de classe. 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 883.642 RG/AL, da rel. Min. Ricardo Lewandowski, também sob a sistemática do art. 543-B do CPC, restou por reconhecer a 'ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos' (RE 883.642 RG/AL, Rel. Min. Ministro Presidente, julgado em 18/06/2015, DJe 25/06/2015). 4. Desse modo, tratando-se que questões distintas e tendo em vista que o acórdão embargado está em harmonia com o entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE 883.642 RG/AL, não há como se aplicar o entendimento firmado pelo Pretório Excelso no julgamento do RE 573.232 RG/SC, rel. Min. Marco Aurélio, em 14/5/2014, o qual abarca apenas os feitos que envolvam ação coletiva proposta por entidade associativa. (EDcl no AgRg no REsp 1331592/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 29/02/2016).

2.4. Execução fundada em sentença penal coletiva condenatória

Conforme já dito no primeiro capítulo deste Curso, a violação de um direito coletivo é ato ilícito que pode dar ensejo a demandas cíveis ou penais.

Embora isso não seja muito examinado pela doutrina, a tutela jurisdicional dos direitos coletivos pode ser feita por meio de ações penais. Há crimes cuja vítima é a coletividade. Crimes relacionados à proteção da concorrência, das relações de consumo ou do mercado de capitais são bons exemplos.

Nesses casos, a sentença penal condenatória repercutirá no âmbito cível, beneficiando a vítima da conduta criminosa. Há, também aqui, transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva (art. 103, § 4º, do CDC).

Mas não só, também haverá o reconhecimento de um direito coletivo *lato sensu*, podendo redundar em coisa julgada cível para o cumprimento de obrigações de fazer, não fazer, entrega de coisa e até mesmo pagamento de quantia, com reversão ao FDD. Assim, não se discutirá mais na demanda cível se há ou não lesão, e quem é o responsável, mas apenas como essa lesão poderá ser compensada/reparada na esfera cível.⁴²

42. Existem casos em que a própria lei já dispõe na esfera penal sobre as consequências cíveis, assim poderá haver um esvaziamento da esfera cível (perda de objeto ou falta de interesse processual, conforme o caso) quando a tutela penal for integral e efetiva. Por exemplo, nos crimes ambientais

Perceba, portanto, que uma execução coletiva pode ser iniciada com base em uma sentença penal condenatória. Há execução de sentença coletiva que não se baseia em *sentença genérica cível*, aspecto que não é examinado costumeiramente pela doutrina.

A execução da sentença penal coletiva condenatória aplica-se o regramento da execução da sentença civil coletiva, já examinado. Este tema também atinge a coisa julgada; remetemos o leitor, assim, para os efeitos da sentença penal condenatória no processo coletivo discutidos no capítulo sobre coisa julgada.

2.5. Execução coletiva fundada em título extrajudicial. O paradigma da execução das decisões do CADE

É possível que a execução coletiva se funde em título executivo extrajudicial.

O exemplo mais notório é a execução do compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, Lei nº 7.347/1985), que, conforme já examinado, tem natureza de título executivo extrajudicial.

Outro bom exemplo é a execução das decisões do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), regulada pelos arts. 93-101 da Lei n. 12.529/2011, que pode funcionar como paradigma legal para a efetivação dos títulos executivos extrajudiciais que envolvam direitos coletivos *lato sensu*.

O CADE deve promover a execução deste título extrajudicial (art. 15, III, Lei n. 12.529/2011). Segundo Eduardo Talamini, se o CADE não promover em tempo razoável, o Ministério Público Federal deverá fazê-lo, pois lhe cabe a defesa em juízo da ordem econômica. Talamini defende, inclusive, que, como se trata de direito difuso, qualquer legitimado à tutela coletiva poderia executar o título executivo extrajudicial⁴³ — interpretação sistemática das leis 12.529/2011 e 7.347/1985, com a qual concordamos.

A decisão do CADE pode aplicar multa ou impor dever de fazer ou não fazer (art. 93, Lei n. 12.529/2011). A execução que tenha por objeto

a prévia composição e reparação são obrigatórias, portanto não se poderá exigir no âmbito cível a reparação de dano se esse já foi efetivamente reparado na esfera penal, quando da aplicação dos institutos despenalizadores dos arts. 27 e 28 da Lei 9.605/1998.

43. TALAMINI, Eduardo. "Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE (Lei Federal n. 8.884/94)". *Procedimentos especiais cíveis — legislação extravagante*. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.191. Embora o texto de Talamini se refira à Lei n. 8.884/1994, que foi substituída, neste ponto, pela Lei n. 12.529/2011, suas considerações ainda servem à compreensão do tema atualmente.

exclusivamente a cobrança de multa pecuniária será feita de acordo com o procedimento da execução fiscal (art. 94, Lei n. 12.529/2011).

Para a efetivação da decisão do CADE, admite-se a utilização de todos os meios executivos (art. 96 da Lei n. 12.529/2011), à semelhança do que ocorre com o procedimento comum para as causas individuais (art. 536, § 1º, CPC). A diferença é que a Lei n. 12.529/2011 regula a medida executiva "intervenção na empresa" (arts. 102-111); esse regramento funciona como modelo para todo o processo civil brasileiro, individual ou coletivo.

A execução das decisões do CADE será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do CADE (art. 97 da Lei 12.529/2011).

O art. 98 da Lei n. 12.529/2011 regula expressamente a defesa do executado por meio de ação autônoma — também conhecida como defesa heterotópica do executado (sobre o tema, ver o v. 5 deste Curso). O artigo é importante por servir como modelo para disciplina desta modalidade de defesa do executado em qualquer tipo de processo, *individual ou coletivo*. Isso porque é o único dispositivo que expressamente cuida deste assunto — praticamente ignorado pelo CPC.

Esse dispositivo determina que "o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, para que se garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias". Se o juiz determinar a suspensão da execução, deverá, concomitantemente, "para garantir o cumprimento das obrigações de fazer", fixar caução idônea (art. 98, § 1º). Revogada a decisão que suspendeu a execução, o depósito do valor da multa converter-se-á em renda do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (art. 98, § 2º).

Cumpra registrar o disposto no art. 98, § 3º: "O depósito em dinheiro não suspenderá a incidência de juros de mora e atualização monetária, podendo o CADE, na hipótese do § 2º deste artigo, promover a execução para cobrança da diferença entre o valor revertido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos e o valor da multa atualizado, com os acréscimos legais, como se sua exigibilidade do crédito jamais tivesse sido suspensa".

Mesmo que suspensa a execução da decisão do CADE, poderá o juiz, em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo

(art. 99 da Lei n. 12.529/2011). Note-se que o legislador, no particular, confere em favor do exequente um contradireito ao direito do executado de suspender a execução. Esse contradireito do exequente precisa ser por ele exercitado; assim, não pode o juiz, de ofício, aplicar o disposto nesse art. 99: dependerá da provocação do exequente neste sentido.

O processo de execução em juízo das decisões do CADE terá preferência sobre as demais espécies de ação, exceto habeas corpus e mandado de segurança (art. 101 da Lei n. 12.529/2011).

2.6. Execução de decisão que determina a implantação de política pública. A possibilidade de uma execução negociada

A execução de decisão que determina a implantação de política pública se submete ao regime jurídico da execução de obrigação de fazer. Além disso, é execução contra ente público ou ente privado no exercício de função pública. Remetemos o leitor para o tópico sobre sentenças estruturais, no capítulo sobre os aspectos gerais da tutela coletiva.

Como execução de obrigação de fazer, submete-se ao art. 536 do CPC, que, em seu § 1º, consagra a *atipicidade* da execução – sobre o tema, cf. o volume 5 deste *Curso*, dedicado à execução. Além deste artigo, é bom lembrar a ampliação dos poderes do juiz para efetivação das decisões judiciais prevista no art. 139, IV, CPC.

A atipicidade da execução de sentença que imponha obrigação de fazer revela-se indispensável, no caso da decisão que impõe a concretização de uma política pública. Sobretudo em razão do principal problema enfrentado nestes casos: o prazo para o cumprimento da decisão.

Eduardo José da Fonseca Costa, em importantíssimo ensaio, defende, por exemplo, a possibilidade de construção de uma “execução negociada” da decisão judicial que determina a implantação de política pública. Parte do pressuposto que a concretização de políticas públicas é procedimento complexo e delongado. De fato, “as várias limitações orçamentárias e os inflexíveis controles burocráticos internos e externos frequentemente impedem a Administração de desincumbir-se dos seus importantes misteres no tempo desejado pela população (ávida por melhorias), ou mesmo pelos gestores públicos (ávidos por reconhecimento eleitoral)”⁴⁴.

44. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 212, p. 39.

intrinseca
O procedimento executivo seria construído pelas partes, a partir de um negócio jurídico processual atípico (art. 190, CPC). Nesse acordo, as partes poderiam definir um cronograma de cumprimento da decisão, com a definição de etapas e as respectivas punições pelo descumprimento (art. 191, CPC). Um calendário processual para a execução da sentença. Cada etapa, inclusive, pode ser objeto de regulação específica – embora todas elas se imbriquem, tendo em vista o propósito comum, formando uma “unidade funcional complexa”⁴⁵.

Esse *cronograma negociado de cumprimento voluntário* da decisão tanto pode ser visto como uma medida atípica permitida pelo § 1º do art. 536 do CPC⁴⁶, como pode resultar do comando do art. 191, CPC, que cuida genericamente do calendário processual. Note que, embora não haja propriamente execução, já que há cumprimento voluntário, há, sem dúvida, efetivação da decisão, com a fixação de um calendário para tanto.

A mediação aparece como técnica adequada para a construção desse acordo. A realização de audiências públicas, a consulta a especialistas, a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública⁴⁷, quando for o caso, revelam-se, também, como medidas recomendáveis, talvez mesmo imprescindíveis.

Como se vê, trata-se de solução que prestigia os princípios da boa-fé (art. 5º, CPC), da cooperação (art. 6º, CPC)⁴⁸ e da adequação.

2.7. Regime jurídico das despesas processuais na execução coletiva

É preciso averiguar qual o regime jurídico das despesas processuais na execução da sentença coletiva.

Inicialmente, é lícito imaginar que a essa execução se aplique o regime geral previsto no art. 18 da Lei n. 7.347/1985, já examinado no capítulo sobre os aspectos gerais da tutela coletiva.

Sucedem que há decisões do STJ que entendem que a regra do art. 18 da Lei n. 7.347/1985 é aplicável apenas ao processo de conhecimento (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 265.272/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 17.04.2001, DJ 04.06.2001 p. 222).

Não parece ser essa a melhor solução.

45. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”. *cit.*, p. 30.

46. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”. *cit.*, p. 45-46.

47. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”. *cit.*, p. 42-43.

48. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”. *cit.*, p. 41-42.

A execução é uma demanda, que, no sistema da tutela coletiva, é, inclusive, obrigatória (regra da indisponibilidade da execução coletiva). Dispensar o adiantamento de custas e isentar de condenação ao pagamento de honorários para o processo de conhecimento e não fazer o mesmo para a necessária e futura execução é comportamento legislativo que não teria sentido: dificultaria a efetividade do processo coletivo, além de contrariar por identidade de motivos o modelo do microssistema.

A melhor solução é manter o regime geral: só haverá condenação às despesas processuais se houver má-fé. O imprescindível, então, é controlar a probidade do processo coletivo, ocorrendo comprovada má-fé serão devidas custas e honorários, nos termos dos atuais artigos 17 e 18 da Lei n. 7.347/1985.

2.8. Execução de sentença coletiva não impugnada pela Fazenda Pública e honorários advocatícios de sucumbência (súmula do STJ, n. 345, e o art. 85, § 7º, do CPC)

Além do microssistema da tutela coletiva, existem outros microssistemas ou micromodelos espalhados pelo nosso ordenamento jurídico como característica dos processos de especialização e especificação decorrentes da "era das descodificações". Exemplo desses microssistemas, geralmente decorrentes de grupos de pressão política e com forte caráter ideológico, é o chamado micromodelo processual de estado. Este modelo prevê regra específica em relação aos honorários de advogados.

Conforme o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, "[n]ão serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas" - leia-se, agora, "não impugnadas". A regra foi confirmada no § 7º do art. 85 do CPC: "§ 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada" - note que há um erro ortográfico no texto legislativo, pois deveria ser "impugnado".

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que essa regra (a primeira, decorrente do art. 1º-D da Lei 9.494/1997) somente se aplicava às execuções que se iniciaram depois de sua vigência; ou seja, embora instituído por medida provisória, visando à incidência nos processos já em curso, o dispositivo somente se aplicaria às execuções que lhe sobreviessem.⁴⁹

49. REsp 140.403-RS, DJ de 5.4.1999, EDcl no REsp 97.869-SP, DJ de 30.3.1998, REsp 439.732-RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 20.8.2002. Há inúmeros outros julgados. Não há mais controvérsia sobre o tema.

O STF também foi chamado a interpretar o dispositivo e, no julgamento do RE n. 420.816 (informativo n. 363 do STF), lhe conferiu interessante interpretação conforme a constituição: reduziu-se a aplicação da regra à hipótese de execução, por quantia certa, contra a Fazenda Pública, excluídos os casos de pagamentos de obrigações definidos em lei como de pequeno valor, objeto do § 3º do art. 100 da CF/1988. Se a Fazenda Pública não impugnasse uma execução que lhe fosse dirigida, a não condenação em honorários serviria como um "prêmio", uma sanção premial pela conduta leal.

Ora, como é sabido, os honorários de sucumbência decorrem da causalidade: aquele que deu causa à demanda deve arcar com os custos do processo e igualmente com os honorários de advogado. Segundo Leonardo José Carneiro da Cunha, "Em princípio, é a parte vencida quem arca com os honorários de sucumbência, por ter sido quem deu causa ao ajuizamento da demanda. Há casos, porém, em que, mesmo vitoriosa, a parte pode restar condenada na verba honorária, em virtude do próprio princípio da causalidade, isto é, deve arcar com os honorários de sucumbência aquele que deu causa ao ajuizamento da demanda ou à sua extinção".⁵⁰

A razão do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 e do art. 85, § 7º, CPC, está, como se percebe, na causalidade. Quando a execução contra a Fazenda Pública deve seguir o regime do precatório, não lhe é permitido cumprir, espontaneamente, o julgado, sob pena de violar a ordem cronológica exigida pelo art. 100, § 1º da CF/88. Logo, a Fazenda Pública não dá causa, indevidamente, à execução, pois ela não pode cumprir espontaneamente o julgado; ao contrário, é preciso que haja a propositura da execução para que se inclua o crédito na ordem cronológica e, no momento oportuno, possa ser feito o pagamento. Não havendo impugnação, não há resistência, nem causalidade, não havendo razão para honorários. Daí porque o STF, interpretando o referido dispositivo conforme este artigo da CF/1988, reduziu seu âmbito de incidência para que se aplique somente nos casos em que a execução contra a Fazenda Pública se der mediante precatório.⁵¹

Desse modo, aplicando o entendimento do STF, em execução de sentença coletiva não impugnada contra a Fazenda Pública não seria possível a condenação do executado ao pagamento da verba honorária.

Sucede que o STJ, editou o enunciado n. 345 da súmula da sua jurisprudência predominante, que tem o seguinte teor: "São devidos honorários

50. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Honorários de sucumbência e princípio da causalidade". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, v. 23, p. 88.

51. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2007, n. 6.2.1, p. 120.

advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas⁵².

O STJ, antes da edição deste enunciado, posicionara-se, em diversos momentos, no sentido de que, em se tratando de título executivo proveniente de ação coletiva ajuizada por sindicato, e não de ação civil pública, teria incidência a regra de que, iniciada a execução após a edição da Medida Provisória n.º 2.180-35 (que acrescentou o art. 1º-D, da Lei n.º 9.494/1997), não seriam devidos os honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não impugnadas⁵³.

No entanto, o mesmo STJ possuía decisões em sentido diverso: "A norma do artigo 4º da Medida Provisória n.º 2.180-35, que exclui o pagamento dos honorários advocatícios nas execuções não embargadas, é de ser afastada não somente nas execuções individuais de julgados em sede de ação civil pública, mas, também, nas ações coletivas, ajuizadas por sindicato, como substituto processual, com igual razão de decidir por indispensável a contratação de advogado, uma vez que também é necessário promover a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, inclusive com a demonstração da titularidade do direito do exequente, resultando, pois, indubitável, o alto conteúdo cognitivo da ação de execução".⁵⁴

Nos Embargos de Divergência n. 653.270-RS, a Corte Especial do STJ, por ampla maioria (apenas um voto contrário), entendeu, em 17.05.2006 (acórdão publicado no DJ de 05.02.2007), que a segunda orientação deveria prevalecer, não admitindo a incidência do art. 1º-D na execução de sentença coletiva, promovida pelo indivíduo ou pelo sindicato como substituto processual.

Nesse julgamento, o Min. Luiz Fux, em seu voto, faz interessante ponderação pela não aplicação da regra na execução individual de sentença coletiva: "a discussão é saber se aquele membro, destacada a categoria, assim como aquele beneficiado na ação civil pública, na hora de executar precisa contratar advogado, se ele está encartado naquela isenção da Lei n. 9.494 ou se tem que pagar honorários; ele não participou porque a ação era coletiva, mas, na hora de utilizar a coisa julgada, terá que pagar honorários".

Prevaleceu, ainda, o fundamento levantado pelo Min. Teori Albino Zavascki, no julgamento do REsp n. 490.739D PR, 1ª Seção, j. em 24.09.2003:

52. EDcl nos EDcl no AgRg no AG n.º 570.876, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 21.02.2005, AgRg no AG n.º 690.080/SC, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 07.11.05; AgRg no AG 672.729/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 07.11.2005, AgRg nos EDcl no REsp n.º 690.668/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 29.08.2005.

53. EDcl no AgRg no REsp 639.226/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJU de 12.09.05. Também assim, AgRg no REsp 700.429/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJU 10.10.2005.

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL COLETIVA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEI Nº 9.494/97, ART. 1º-D. INAPLICABILIDADE. 1. A ação individual destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material. 2. A regra do art. 1º-D da Lei nº 9.494/97 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva".

Assim, quer pela evidente necessidade de contratação de advogado para as execuções individuais das sentenças proferidas nas ações coletivas (Luiz Fux); quer pela maior carga cognitiva dessas ações, inclusive pela necessidade de juízo sobre a titularidade do exequente na relação de direito material (Teori Zavascki), fica evidenciada a necessidade de pagamento de honorários nessas execuções.

Note que um dos argumentos é o de que o art. 1º-D da Lei 9.494/1997 seria aplicável apenas às execuções comuns do CPC, não à "peculiar" execução da sentença coletiva - e, a prevalecer a interpretação conforme à Constituição dada pelo STF, apenas nas execuções contra a Fazenda Pública. Prevaleceu, também, o fundamento de que a regra não deve aplicar-se na execução de sentença coletiva em sentido amplo, pouco importa se proveniente de "ação civil pública" ou "ação coletiva ordinária", que, de resto, para esse curso, são designações sinônimas: são todos processos coletivos e ações coletivas em sentido amplo.

Assim, o STJ entendeu que nas execuções individuais contra a Fazenda Pública, proposta pelo indivíduo ou legitimado extraordinário, fundada em sentença coletiva, não incide a regra do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 e, agora, do § 7º do art. 85 do CPC, permitindo a condenação do Poder Público ao pagamento de verba honorária, mesmo se não houver impugnação.

Há, pois, aparente divergência ou conflito entre o pensamento do STF e do STJ.⁵⁴ É preciso harmonizá-los.

Não se revela adequado o entendimento do STJ que conflita, aliás, com a orientação firmada pelo Plenário do STF, no julgamento do referido

54. STJ, 6ª T., AgRg no AgRg no Ag 804.168/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. em 15.06.2007, publicado no DJ de 29.06.2007, p. 728.

Recurso Extraordinário 420.816/PR. Ademais, tal enunciado sumular deve ficar prejudicado diante do disposto no § 7º do art. 85 do CPC.

No caso das execuções de sentenças coletivas, deve haver honorários na *liquidação*, que é outra demanda cognitiva – é ela que tem a “elevada carga cognitiva”. Após a liquidação, sobrevém o cumprimento de sentença, no qual *não* há honorários, aplicando-se o disposto no § 7º do art. 85 do CPC, salvo se se tratar de execução sem precatório. Se, todavia, houver necessidade de precatório, *não* há honorários, exatamente por *não* haver causalidade, a não ser que seja ajuizada impugnação que venha a ser rejeitada. Entendimento diverso resta por contrariar o mencionado precedente do Plenário do STF.

É preciso, então, que a orientação do STJ, compendiada no enunciado 345 de sua Súmula, se ajuste ao entendimento do STF e ao disposto no § 7º do art. 85 do CPC, estabelecendo-se que, nos casos de sentença coletiva, cabem honorários nos sucessivos processos de liquidação, e não nas subsequentes execuções individuais.

Não é sem razão, aliás, que o próprio STJ, ao julgar o EREsp 490.739/PR, asseverou que “a ação individual destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material”⁵⁵.

3. COMPETÊNCIA PARA A LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO COLETIVAS

De acordo com § 2º do art. 98 do CDC: “É competente para a execução o juízo: I – da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual; II – da ação condenatória, quando coletiva a execução”.

O dispositivo está em consonância com a regra geral da competência para a execução de sentença: executa-se a decisão no juízo que a proferiu.

O inciso I deste parágrafo, porém, autorizou lúcida interpretação no sentido de que a liquidação e execução individuais da sentença coletiva poderiam ser feitas no domicílio do autor, valendo-se da regra do art. 101,

55. Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil* 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 5.

I, do CDC, que permite ao consumidor propor a ação em seu domicílio, inclusive como uma técnica de facilitar o acesso à justiça.⁵⁶

A interpretação é ainda mais interessante, em razão de ter sido vetado o parágrafo único do art. 97 do CDC, que expressamente dispunha neste sentido: “A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar tão-só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante”.

Trata-se de interpretação corretíssima e indispensável, sob pena de inviabilizar a execução individual da sentença coletiva: seria muito difícil para algumas vítimas dirigirem-se ao juízo da sentença, que pode estar a léguas de distância de sua residência, para propor a ação executiva e acompanhá-la. É preciso construir uma interpretação que facilite o acesso do indivíduo ao benefício da tutela coletiva, sob pena de desprestigiá-la e, pois, aniquilá-la. O veto presidencial, mais uma vez em se tratando de CDC, foi inócuo.

“A absoluta falta de conhecimento sobre o assunto de que se estava tratando é tão evidente que, se os vetos presidenciais não tivessem sido, em boa parte, superados pela harmonia do sistema, hoje as ações coletivas estariam despojadas de sua importantíssima função social. Veja-se, por exemplo, o contrassenso que representaria a propositura de uma ação coletiva, de âmbito nacional, com a competência fixada no Distrito Federal. Os beneficiários, pessoas quem a sentença coletiva deveria aproveitar, domiciliados no Brasil afora, as mais das vezes simplesmente não teriam condições de ir ao Distrito Federal ajuizar ações individuais de liquidação de sentença, e o único remédio seria a proliferação de demandas fragmentárias, persistindo no pedido de reconhecimento da obrigação do réu.

(–)

A plena efetividade desse sistema reclama indurvidosamente a competência centralizada para o julgamento da ação coletiva, mas a disseminação da competência para as ações de liquidação individual da sentença, sob pena de ser irremediavelmente desperdiçada a tutela coletiva, pelo congestionamento dos feitos individuais.”⁵⁷

Trata-se de regramento geral, aplicável a execução de qualquer sentença coletiva, tendo em vista o princípio exaustivamente defendido neste

56. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., cit., p. 888-891; PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, p. 191-193; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 189.

57. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 188 e 190.

livro, segundo o qual as regras do CDC funcionam como regras gerais do microsistema de tutela jurisdicional coletiva.

Neste sentido, acolhendo essa argumentação, STJ, 3ª S., CC n. 96.682-RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 10.02.2010. Em 2011, em julgamento de recursos especiais repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça consolidou este entendimento (Corte Especial, REsp n. 1.243.887-PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 19.10.2011).

É que o parágrafo único do art. 516 do CPC permite ao exequente *escolher* outros foros para promover a execução da sentença, distintos do foro onde tramitou a ação de conhecimento: *a)* juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação; *b)* atual domicílio do executado; *c)* juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer. Nesses três casos, deverá o exequente pedir ao juízo de origem a remessa dos autos do processo ao juízo do foro da execução – seria mais interessante, pelo aspecto da efetividade do processo, permitir que o próprio exequente extraísse cópia dos autos do processo e a levasse ao outro foro para a execução da sentença. Note, por isso, que o legislador, em homenagem ao direito fundamental à efetividade, optou por “flexibilizar” a regra que fixava o juízo da sentença como o único competente para o processamento da execução – pode-se afirmar, então, que se trata de uma mitigação à regra da perpetuação da jurisdição.

Há, pois, quatro foros em tese competentes para a execução da sentença: foro que processou a causa originariamente, foro de domicílio do executado, foro do bem que pode ser expropriado e foro do local onde deva ser executada a prestação de fazer ou de não fazer. E, no caso da execução individual de uma sentença coletiva, uma quinta hipótese, o foro de domicílio do exequente.

É possível, ainda, o controle da opção do exequente pela alegação de incompetência pelo executado.⁵⁸

A possibilidade de escolha de foros para a execução, prevista no par. ún. do art. 516 do CPC, também se aplica à execução coletiva promovida pelos legitimados coletivos, pois não há razão para qualquer diferenciação de tratamento: se o regime do CDC (art. 98, § 2º, II) adotava o regime geral previsto no CPC, se esse foi alterado, também deve considerar-se alterado, por revogação, o regime daquele.

58. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 186.

CAPÍTULO 14

Processo Coletivo Passivo

Sumário • 1. Nota introdutória – 2. Conceito e classificação das ações coletivas passivas. As situações jurídicas passivas coletivas: deveres e estados de sujeição difusos, coletivos e individuais homogêneos – 3. Exemplos de ações coletivas passivas – 4. Aplicação subsidiária das regras do processo coletivo ativo – 5. Coisa julgada no processo coletivo passivo – 5.1. Consideração geral – 5.2. Coisa julgada nas ações coletivas passivas propostas contra deveres ou estados de sujeição difusos ou coletivos *stricto sensu* – 5.3. Coisa julgada nas ações coletivas passivas propostas contra deveres individuais homogêneos – 6. Consideração final.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O processo coletivo passivo é um dos temas menos versados nos estudos sobre a tutela jurisdicional. Os ensaios e livros publicados costumam restringir a abordagem à análise da legitimidade e da coisa julgada, alvos eternos dos estudiosos do direito processual coletivo. Pouco se fala sobre outros aspectos do processo coletivo, como a competência e a liquidação, assim como nada se diz sobre os aspectos *substanciais* da tutela jurisdicional coletiva passiva.¹

Esse capítulo tem o objetivo de enfrentar essas questões ainda *pendentes*. Destaca-se, sobretudo, a investigação sobre quais são as situações jurídicas substanciais objeto de um processo coletivo passivo. A partir do desenvolvimento da categoria “situações jurídicas coletivas passivas” será mais fácil compreender o processo coletivo passivo, para que, então, se possa preparar uma legislação processual adequada ao tratamento do fenômeno.

2. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS. AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PASSIVAS COLETIVAS: DEVERES E ESTADOS DE SUJEIÇÃO DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda *contra* uma dada coletividade. Os direitos afirmados

1. Na doutrina, tratando exatamente destes problemas, cf. NETO, Rogério Rudinã. *Ação Coletiva Passiva e Ação Duplamente Coletiva*. Curitiba: UFPR, 2015. 226 p. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Curitiba, 2015.

pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*) – nessa última hipótese, há uma ação duplamente coletiva, pois o conflito de interesses envolve duas comunidades distintas².

Seguindo o regime jurídico de toda ação coletiva, exige-se para a admissibilidade da ação coletiva passiva que a demanda seja proposta *contra* um “representante adequado” (legitimado extraordinário para a defesa de uma situação jurídica coletiva) e que a causa se revista de “interesse social”. Neste aspecto, portanto, nada há de peculiar na ação coletiva passiva.

O que torna a ação coletiva passiva digna de um tratamento diferenciado é a circunstância de a situação jurídica titularizada pela coletividade encontrar-se no polo passivo do processo. A demanda é dirigida *contra uma coletividade*, sujeita de uma situação jurídica passiva (um dever ou um estado de sujeição, por exemplo). Da mesma forma que a coletividade pode ser titular de direitos (situação jurídica ativa), ela também pode ser titular de um dever ou um estado de sujeição (situações jurídicas passivas). É preciso desenvolver dogmaticamente a categoria das *situações jurídicas coletivas passivas: deveres e estado de sujeição coletivos*. As propostas de Código Modelo para processos coletivos, embora tenham previsto as ações coletivas passivas, apenas cuidaram dos “direitos coletivos”. Não há definição das situações jurídicas passivas coletivas, cujo conceito deverá ser extraído dos artigos que conceituam os “direitos”, aplicados em sentido inverso: *deveres e estados de sujeição indivisíveis e deveres e estados de sujeição individuais homogêneos (indivisíveis para fins de tutela, mas individualizáveis em sede de execução ou cumprimento)*. Como sugestão para o aprimoramento dos projetos, é recomendável que se acrescente um artigo com essas definições no capítulo sobre a ação coletiva passiva.

Há situações jurídicas coletivas ativas e passivas. Essas situações relacionam-se entre si e com as situações individuais.

Um direito coletivo pode estar correlacionado a uma situação passiva individual (p. ex.: o direito coletivo de exigir que uma determinada empresa proceda à correção de sua publicidade). Um direito individual pode estar relacionado a uma situação jurídica passiva coletiva (p. ex.: o direito do titular de uma patente impedir a sua reiterada violação por um grupo de

2. DINAMARCO, Pedro. “Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). México: Porrúa, 2003, p. 133; MENDES, Aluísio. “O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos e a legislação brasileira”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 31, p. 11.

empresas³). Um direito coletivo pode estar relacionado, finalmente, a uma situação jurídica coletiva (p. ex.: o direito de uma categoria de trabalhadores a que determinada categoria de empregadores reajuste o salário-base).

Haverá uma ação coletiva passiva, portanto, em toda demanda onde estiver em jogo uma situação coletiva passiva. Seja como correlata a um direito individual, seja como correlata a um direito coletivo.

A redação do art. 35 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América (CM-IIDP) é um pouco confusa⁴.

Ao autorizar o ajuizamento de qualquer demanda contra uma coletividade, desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual, o texto normativo pode levar ao entendimento de que apenas ações duplamente coletivas estão autorizadas. De fato, a tutela jurisdicional requerida pelo autor em uma ação coletiva passiva é o “bem jurídico a ser tutelado”. O direito a ser protegido pode ser coletivo ou individual, como já se disse. Se a proposta restringe essa situação jurídica a um direito supraindividual, então somente seria possível a ação coletiva se houvesse a afirmação de um conflito entre situações jurídicas transindividuais; ação duplamente coletiva, pois.

Não é essa a melhor interpretação, porém.

Ao exigir que o “bem jurídico tutelado” seja um direito supraindividual, o Código Modelo para a Ibero-América autoriza o ajuizamento de uma ação coletiva *contra* situações jurídicas supraindividuais, deveres difusos ou individuais homogêneos, nos termos do art. 1º do mesmo Código, adaptados às situações jurídicas passivas. Neste aspecto, o Código Modelo é superior à proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que não admite ação coletiva *contra deveres individuais homogêneos*⁵ (*deveres que decorrem de uma situação de fato comum*), o que não é uma boa opção (mais à frente, ao examinarmos os exemplos de ação coletiva passiva, veremos o quão útil é a ação coletiva passiva *contra deveres individuais homogêneos*)⁶.

3. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 390-391.

4. “Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social”.

5. Art. 38 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, formulado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual: “Ações contra o grupo, categoria ou classe. Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (...), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (...) e a tutela se revista de interesse social”.

6. Entendendo muito útil a ação coletiva passiva para as situações jurídicas individuais homogêneas, VIGLIAR, José Marcelo. “Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos

Mas isso não é o bastante para apresentar o tema.

A ação coletiva passiva pode ser classificada em *original* ou *derivada*⁷. Ação coletiva passiva *original* é a que dá início a um processo coletivo, sem qualquer vinculação a um processo anterior. Ação coletiva passiva *derivada* é aquela que decorre de um processo coletivo "ativo" anterior e é proposta pelo réu desse processo, como a ação de rescisão da sentença coletiva e a ação cautelar incidental a um processo coletivo. A classificação é importante, pois nas ações coletivas passivas derivadas não haverá problema na identificação do "representante adequado", que será aquele legitimado que propôs a ação coletiva de onde ela se originou.

De fato, um dos principais problemas da ação coletiva passiva é a identificação do "representante adequado", o que levou Antonio Gidi a defender que "[p]ara garantir a adequação da representação de todos os interesses em jogo, seria recomendável que a ação coletiva passiva fosse proposta contra o maior número possível de associações conhecidas que congregassem os membros do grupo-réu. As associações eventualmente excluídas da ação deveriam ser notificadas e poderiam intervir como assistentes litisconsorciais"⁸. Em tese, qualquer um dos possíveis legitimados à tutela coletiva poderá ter, também, legitimação extraordinária passiva. Imprescindível, no particular, o controle jurisdicional da "representação adequada", conforme já defendido neste livro.

Neste aspecto, merece crítica a proposta de Antonio Gidi de Código para processos coletivos em países de direito escrito (CM-GIDI), que restringe, parcialmente, a legitimação coletiva passiva às associações. Eis o texto da proposta de Gidi: "28. A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue"⁹. Em uma ação coletiva passiva derivada de uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público, o réu será esse mesmo Ministério Público. A melhor solução é manter o rol dos legitimados em tese para a proteção

Coletivos". *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 320.

7. Proposta de classificação aceita pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, formulado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (cap. III). Diogo Maia também se utiliza desta classificação, com outra designação, porém: ações coletivas independentes e ações coletivas derivadas ou incidentes (MAIA, Diogo. *Fundamentos da ação coletiva passiva*. Dissertação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 71).

8. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 415.

9. GIDI, Antonio. "Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito". *Revista de Processo*. São Paulo, RT, 2003, n. 111.

das situações jurídicas coletivas e deixar ao órgão jurisdicional o controle *in concreto* da adequação da representação¹⁰. Algumas ponderações, contudo, podem ser efetuadas para garantir a correção deste sistema: a) em regra, não será o Ministério Público o "adequado representante" em ações coletivas passivas iniciais, não derivadas; b) o indivíduo deve ter apenas *legitimação residual*, na falta de uma associação que possa figurar como adequado representante, não terá o indivíduo legitimação em ações em que não for comprovado ser um representante "excelente" (por exemplo, o indivíduo poderá demonstrar a sua adequação pelo fato de vir a sofrer prejuízos enormes com o resultado negativo da demanda etc. c) os membros do grupo poderão intervir no processo, sendo que o juiz controlará o ingresso, a produção de provas e os argumentos das partes, evitando o *tumulto do processo* (art. 28.4 do CM-GIDI: "Os membros do grupo poderão intervir no processo coletivo passivo. (Vide art. 6)").

O Código Modelo deixa clara a possibilidade de formulação de qualquer pedido (declaratório, constitutivo ou condenatório)¹¹ na ação coletiva passiva, o que é digno de elogio. A regra, ainda, está em conformidade com o art. 4º do mesmo Código Modelo, que admite qualquer tipo de demanda coletiva.

3. EXEMPLOS DE AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Alguns exemplos podem ser úteis à compreensão do tema.

Os litígios trabalhistas coletivos são objetos de ações duplamente coletivas: em cada um dos polos, conduzidos pelos sindicatos das categorias profissionais (empregador e empregado), discutem-se situações jurídicas coletivas. No direito brasileiro, inclusive, podem ser considerados como os primeiros exemplos de ação coletiva passiva¹².

10. No projeto Gidi ainda há a previsão de o indivíduo poder ser legitimado passivo coletivo: "28.2 Se não houver associação que congregue os membros do grupo-réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo".

11. Um dos autores deste Curso adota a divisão em cinco eficácias sentenças ou tutelas jurisdicionais, portanto, entende mais adequada a menção das tutelas mandamental e executiva *in toto*, ao lado dos pedidos declaratório, constitutivo e condenatório. Cf. ZANETTI JR., Hermes. *O "novo" mandado de segurança coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 235 e segs. Para a doutrina cf. Carlos Alberto Anav de Oliveira. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

12. MAIA, Diogo Campos Medina. "A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente". *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 329. A Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n. 5.452/1943 já previa os processos duplamente coletivos (art. 856 e segs.): os dissídios coletivos. Além disso, há o art. 1º da Lei n. 8.984/1995: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no

No foro brasileiro, têm surgido diversos exemplos de ação coletiva passiva.

Em 2004, em razão da greve nacional dos policiais federais, o Governo Federal ingressou com demanda judicial contra a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal¹³, pleiteando o retorno das atividades. Trata-se, indubitavelmente, de uma ação coletiva passiva, pois a categoria "policial federal" encontrava-se como sujeito passivo da relação jurídica deduzida em juízo: afirmava-se que a categoria tinha o dever coletivo de voltar ao trabalho. Desde então, sempre que há greve, o empregador que se sente prejudicado e que reputa a greve injusta vai ao Judiciário pleitear o retorno da categoria de trabalhadores ao serviço.

Há notícia de ação coletiva proposta contra o sindicato de revendedores de combustível, em que se pediu uma adequação dos preços a limites máximos de lucro, como forma de proteção da concorrência e dos consumidores¹⁴.

Em 2008, alunos da Universidade de Brasília invadiram o prédio da Reitoria, reivindicando a renúncia do Reitor, que estava sendo acusado de irregularidades. A Universidade ingressou em juízo, pleiteando a proteção possessória do seu bem. Trata-se de ação coletiva passiva: propõe-se a demanda em face de uma coletividade de praticantes de ilícitos. A Universidade afirma possuir direitos individuais contra cada um dos invasores, que teriam, portanto, *deveres individuais homogêneos*. Em vez de propor uma ação possessória contra cada aluno, "coletivizou" o conflito, reunindo os diversos "deveres" em uma ação coletiva passiva. A demanda foi proposta contra o órgão de representação estudantil (Diretório Central dos Estudantes), considerado, corretamente, como o "representante adequado" do grupo¹⁵. No mesmo ano, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro passou por situação semelhante, tendo adotado a mesma providência (processo que tramita na 10ª Vara da Fazenda Pública da Cidade do Rio de Janeiro, tombado sob o n. 0288813-36.2008.8.19.0001; a demanda foi proposta

cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador". Muito embora possam servir de exemplo, os dissídios coletivos não são processos coletivos para parcela da doutrina. Os litígios trabalhistas podem ser veiculados através de ações coletivas propriamente ditas, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, nestes casos serão efetivamente processos coletivos.

13. O andamento deste processo pode ser consultado no sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasil: www.trf1.gov.br. O processo foi registrado sob o número 2004.34.00.010685-2.

14. VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 79-80.

15. O andamento deste processo pode ser consultado no sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasil: www.trf1.gov.br. O processo foi registrado sob o número 2008.34.00.010500-5.

pelo advogado Marcelo Santini Brando). Neste caso, está diante de uma pretensão formulada *contra* deveres individuais homogêneos: o comportamento ilícito imputado a todos os envolvidos possui origem comum. Em vez de *coletividade de vítimas*, como se costuma referir aos titulares dos direitos individuais homogêneos, tem-se aqui uma *coletividade de autores de ato ilícito*.

O Pleno do Tribunal de Justiça do Espírito Santo reconheceu a possibilidade de ação coletiva passiva em face de um grupo de servidores públicos para a revisão do pagamento de precatórios, tratando-se aqui de demanda derivada.¹⁶

16. "CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA PASSIVA (DEFENDANT CLASS ACTION). LEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRECATÓRIO DA TRIMESTRALIDADE (LEI Nº 3.935/87). INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. PROCEDÊNCIA. 1. A classe tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda coletiva, desde que observado o requisito da representatividade adequada, mesmo que não exista previsão normativa explícita. O ativismo judicial permite seja a admissibilidade inferida das garantias constitucionais do acesso à justiça, da vedação do non liquet, do due process of law e outras, pois não se deve excluir a priori, de lege lata, a via do acesso à justiça contra a classe, porquanto a defining function do juiz, própria das ações coletivas (ativas ou passivas), autoriza a solução judicial de situações justapostas às previstas em lei [...] (ADA PELLEGRINI GRINOVER, *O Processo*, São Paulo: Perfil, 2005, pp. 219-221). 2. A procedência da demanda coletiva passiva (defendant class action) afeta a esfera individual dos associados independentemente do exercício pessoal do contraditório. Com maior razão se participam, em polos invertidos, exatamente aqueles que figuraram na demanda geradora do ato objurgado. 3. A inexistência da obrigação, por ineficácia do título judicial (sentença ou acórdão) fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição da República, pode ser reconhecida quando a declaração ocorreu [...] em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado) [...] (REsp. 803099/SP, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJ 6.3.2006, p. 253). 4. A irreconciliabilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política e socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional. (Dinamarco. *Relativizar a coisa julgada material*, REPRO 109/28, 2003, p. 28). 5. O art. 6º da Lei Estadual nº 3.935/87 é inconstitucional, pois vincula o reajuste de vencimento dos servidores estaduais ao IPC, índice federal de correção monetária. Precedentes do STF (RE 166.581/ES e RE 204.882/ES), inclusive em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI-MC 437/SC, ADI 303/RS, ADI 1064/MS e ADI 464/GO), que têm efeito vinculante, nos termos do art. 28, p.u., da Lei nº 9.868/99 e do § 2º do art. 102 da Constituição da República, com a redação dada pela EC 45/2004. 6. O efeito vinculante das decisões do STF encontra-se na *ratio decidendi* (UK), também precedente vinculante sem compreender qual é a parte da decisão que vincula. A *ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia* (JOSE ROGERIO CRUZ E TUCCI, cf. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175). 7. A indicação específica da lei declarada inconstitucional é mero *obiter dictum*, pois quando suprimida não altera o resultado do julgamento. O STF já reconheceu ser cabível reclamação para preservar o efeito vinculante de suas decisões, mesmo quando a norma declarada inconstitucional for diversa (*obiter dictum*), desde que - é óbvio - as razões da decisão (isto é, a *ratio decidendi*) sejam idênticas (Rcl 4906/PA, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA). 8. Demanda procedente" (TJES, Classe: Ação Declaratória Incidental, 100070019698, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 12/06/2008, Data da Publicação no Diário: 14/07/2008).

A reconvenção no processo coletivo ativo, tratada em tópico apartado deste curso, agora admitida expressamente *em face do substituído* pelo art. 343, § 5º do CPC, também seria uma ação coletiva passiva derivada.¹⁷

Antonio Gidi traz outros exemplos:

"(...) a ação coletiva poderá ser utilizada quando todos os estudantes de uma cidade ou de um Estado tiverem uma pretensão contra todas as escolas, cada um desses grupos sendo representado por uma associação que os reúna. Igualmente, ações coletivas poderão ser propostas contra lojas, cartórios, órgãos públicos, planos de seguro-saúde, prisões, fábricas, cidades etc., em benefício de consumidores, prisioneiros, empregados, contribuintes de impostos ou taxas ou mesmo em benefício do meio ambiente."¹⁸

Pedro Dinamarco traz exemplos de ações coletivas passivas declaratórias: a) ação declaratória, proposta por empresa, para reconhecer a regularidade ambiental do seu projeto: de um lado, se ganhasse, evitaria futura ação coletiva contra ela, de outro, se perdesse, desistiria de implantar o projeto, economizando dinheiro e não prejudicando o meio-ambiente; b) ação declaratória, proposta por empresa que se vale de contrato de adesão, com o objetivo de reconhecer a licitude de suas cláusulas contratuais.¹⁹

17. Além do tópico específico deste curso cf. DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. "O CPC-2015 e a reconvenção em processo coletivo". In: ZANETTI JR, Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 511/514 (DIDIER JR, Fredie (coord. geral). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8); GUERRA, Márcia Vitor Magalhães e. "Ação coletiva passiva: uma análise quanto à formação do grupo demandado". In: ZANETTI JR, Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 305/318 (DIDIER JR, Fredie (coord. geral). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8), p. 317. Outros procedimentos que poderiam ser indicados como ações coletivas passivas são as ações possessórias em conflitos fundiários coletivos (art. 565 do CPC, com especial atenção ao problema da citação e escolha/indicação do adequado representante - especialmente em relação à necessária audiência de mediação para as posses superiores a um ano e dia); os decorrentes do estatuto do torcedor (Lei n. 10.671/2003, especialmente o art. 39-A, que permite a aplicação das teorias do *membership ratification*, segundo a qual "lidar com a prova individual da conduta se torna desnecessário [...] surge uma presunção de que todos membros da associação aderiram da alegada conspiração", e *guilty by association with association*, segundo a qual os membros de uma associação devem contratar *ex ante* as responsabilidades entre si e precaver-se de condutas que possam gerar responsabilidade para os demais, fiscalizando os comportamentos recíprocos - SHEN, Francis Xavier. *The Overlooked utility of defendant class action*. *Denver University Law Review*, vol. 88, p. 73 e ss., 2010, p. 85).
18. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 392. Ver, ainda, a respeito do tema, GIDI, Antonio "Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos - hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). México: Porrúa, 2003, p. 411; *Cosa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 51-52, nota 128.
19. DINAMARCO, Pedro "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos - hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). México: Porrúa, 2003, p. 134. GIDI, Antonio. "Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales*

Pondera, todavia, Antonio Gidi:

"En principio, la acción colectiva pasiva no debe ser comprendida simplemente como una acción colectiva al revés. Por tanto, no debe ser utilizada por un demandado potencial (en una acción colectiva activa indemnizatoria por daños individuales) para lograr una sentencia declaratoria de que su producto no ha causado daño a los miembros del grupo (sentencia declaratoria negativa de responsabilidad por daños). Al parecer, no existe interés procesal en proponer esa demanda colectiva. Ni siquiera se podría encontrar un representante adecuado para tal acción. Si un grupo afectado quisiera entablar un pleito colectivo, lo iniciaría en el momento oportuno: no le correspondería al demandado anticiparse al grupo"²⁰.

Embora seja possível imaginar demandas coletivas passivas declaratórias negativas (p. ex.: declarar a inexistência de um *dever coletivo*), não é disso que tratam os exemplos de Pedro Dinamarco. Nos casos citados, temos uma ação coletiva ativa reversa. Busca-se a declaração de que *não existe uma situação jurídica coletiva ativa (inexistência de um direito pela ausência de poluição ambiental, por exemplo)*. Não se afirma a existência de uma *situação jurídica coletiva passiva*, como acontece em ações coletivas passivas declaratórias positivas, constitutivas ou condenatórias. Não basta dizer, como pioneiramente fez Antonio Gidi, que tais ações são inadmissíveis por falta de interesse de agir ou dificuldade na identificação do legitimado passivo, embora a lição seja correta. É preciso ir além: rigorosamente, *não são ações coletivas passivas*²¹. Para que haja ação coletiva passiva, é preciso, como dito, que uma situação jurídica coletiva passiva seja afirmada, o que não ocorre nesses exemplos. E mais, é preciso reconhecer, como em qualquer ação coletiva, uma potencial vantagem ao interesse público, sem o que as demandas passam a ser meramente individuais (o que legitima a ficção jurídica que conhecemos como direitos individuais homogêneos é a

homogêneas - hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). México: Porrúa, 2003, p. 411.)

20. GIDI, Antonio. "Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos - hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). México: Porrúa, 2003, p. 411.
21. Neste ponto, um dos autores deste curso altera o entendimento manifestado em DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 271-272. É preciso registrar que essa mudança de pensamento decorreu de uma série de debates travados com Antonio Gidi, que, como visto, há anos criticava os exemplos de ação declaratória negativa como espécies de ação coletiva passiva. Sem esse debate, as ideias aqui divulgadas certamente não existiriam. No mesmo sentido, PEIXOTO, Ravi de Medeiros. "O regime da coisa julgada no processo coletivo passivo: análise dos limites e possibilidades no direito coletivo vigente". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 120, 2013, p. 94-95.

particular circunstância da presença do interesse público na tutela destes, que ficaria prejudicado em face de uma tutela fragmentada e individual).

Isso não significa que não haja ação coletiva passiva declaratória. No âmbito trabalhista, por exemplo, cogita-se da ação declaratória para certificação da correta interpretação de um acordo coletivo, em que são fixadas as situações jurídicas coletivas ativas e passivas.

Há ainda a possibilidade de utilização da ação coletiva passiva para efetivar a chamada *responsabilidade anônima* ou *coletiva*, "em que se permite a responsabilização do grupo caso o ato gerador da lesão tenha sido ocasionado pela união de pessoas, sendo impossível individualizar o autor ou os autores específicos do dano"²². No exemplo da invasão do prédio da Universidade, além da ação de reintegração de posse, seria possível manejar ação de indenização pelos prejuízos eventualmente sofridos contra o grupo, acaso não fosse possível a identificação dos causadores do dano. Na demanda, o autor afirmaria a existência de um *dever de indenizar*, cujo sujeito passivo é o grupo.

Diogo Maia menciona o exemplo de uma ação coletiva ajuizada contra os comerciantes de uma cidade, acusados de utilização indevida das calçadas para a exposição dos produtos²³. Trata-se de um claro exemplo de *ilícitos individuais homogêneos, que geram deveres individuais homogêneos*.

Ainda é possível cogitar de uma ação coletiva proposta contra uma comunidade indígena, que esteja, por exemplo, sendo acusada de impedir o acesso a um determinado espaço público. A tribo é a titular do *dever coletivo difuso* de não impedir o acesso ao espaço público. A comunidade indígena é, ainda, a legitimada a estar em juízo na defesa dessa acusação. Não se trata de uma pessoa jurídica. É um grupo humano. Trata-se de caso raro, talvez único, de legitimação coletiva ordinária, pois o titular da situação jurídica coletiva é, também, o legitimado a defendê-la em juízo²⁴. Com relação ao objeto, o Judiciário deverá analisar se se trata de uma legítima manifestação política, pacífica e organizada, ou de um ato ilícito, gerador

de deveres individuais homogêneos. Aqui faz muito sentido insistir na necessidade de certificação da demanda como uma ação coletiva, o juiz poderá indeferir liminarmente pretensões que não sejam escoradas em deveres coletivos.

Assim, seria possível manejar ações coletivas passivas contra as coletividades identificadas e as coletividades *sem rosto*, evitando a irresponsabilidade e a ausência de compensação da vítima nos casos de agressões coletivas perpetradas por torcidas organizadas, movimentos multitudinários, saques, depredações, fatos de guerra, revoluções e atos terroristas, bastando para tanto a identificação de membros do grupo que participaram dos fatos ou de associações de fato aos quais estão vinculados como adequados representantes. Assim a *multidão delinquente*, a *multidão criminosa*²⁵ poderá ser submetida ao império do direito no Estado Democrático Constitucional. Pode-se inclusive justificar a adequada representação destes grupos no papel que os sindicatos, as associações e as torcidas organizadas como *garantes* da conduta de seus membros.

É claramente este o caso do art. 39-A do Estatuto do Torcedor: "a torcida organizada responde civilmente, de forma objetiva e solidária, pelos danos causados por qualquer dos seus associados ou membros no local do evento esportivo, em suas intermediações ou no trajeto de ida e volta do evento". A mesma lógica se aplica aos danos ambientais, nos quais basta a identificação de um dos poluidores para que este suporte integralmente o dano.

O direito material que dá suporte a esta afirmação decorre da "causalidade comum" e da responsabilidade civil coletiva que dela decorre: todos os envolvidos serão igualmente responsáveis de forma solidária, objetiva ou subjetiva, a depender do direito material envolvido, podendo agir em relação aos demais mediante ação de regresso.²⁶

22. MAIA, Diogo Campos Medina. "A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente", cit., p. 338. Sobre a responsabilidade civil do grupo. CRUZ, Giseida Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 267-312.

23. MAIA, Diogo Campos Medina. "A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente", cit., p. 339. No texto, o autor cita vários outros exemplos.

24. Confira-se, por exemplo, o art. 232 da Constituição da República Federativa do Brasil: "Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo". Há, ainda, a regra do art. 37 da Lei Federal brasileira n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio): "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio".

25. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 561/562.

26. NETO, Rogério Rudnik. *Ação Coletiva Passiva e Ação Duplamente Coletiva*. Curitiba: UFPR, 2015. 226 p. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Curitiba, 2015. p. 168/173. O suporte técnico também pode ser encontrado pela responsabilidade civil pelo fato de outrem (LIMA, Alvaro. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. 2ª ed. atual por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 78, com referências aos arts. 830, § 1º, 2 do Código Civil alemão, 719 do Código Civil japonês e 50 do Código Civil Suíço das Obrigações). O STJ já escolheu esta tese no caso dos objetos lançados de edifícios, responsabilizando os condôminos, REsp 948.682/RJ, rel. Min. Buono de Souza, 4ª T. STJ, j. 10/11/2001 e na condenação por responsabilidade civil por morte de um torcedor em uma briga de torcida REsp 26.975/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 18/12/2001, ambos citados por Rogério Rudnik Neto.

"Nessas hipóteses todos os integrantes do grupo são responsáveis pelo evento. Nas palavras de Cavaliere Filho: 'o fundamento da responsabilidade total que se impõe a cada participante nasce da circunstância de que as diversas condutas, em conexão com outras, dão origem ao resultado'. Há nesses casos, solidariedade de massas, onde os riscos sociais crescem exponencialmente. Não é justo deixar a vítima desprovida da respectiva indenização, por outro lado, não é razoável exigir que ela identifique os específicos causadores imediatos do evento. Em síntese, 'evidenciado o vínculo comunitário entre os membros do grupo, todos os possíveis autores devem ser considerados responsáveis solidariamente, face a ofensa perpetrada à vítima por um ou mais deles.'"²⁷

4. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS REGRAS DO PROCESSO COLETIVO ATIVO

As regras do processo coletivo ativo devem ser aplicadas *subsidiariamente* ao processo coletivo passivo. É o que sugere corretamente Antonio Gidi, em sua proposta de Código, seguida pelo CM-IIDP (art. 38): "Artigo 29. Processo civil coletivo ativo supletório. 29. Aplicam-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível. 29.1 Sempre que possível e necessário, as normas referentes às ações coletivas ativas deverão ser interpretadas com flexibilidade e adaptadas às necessidades e peculiaridades das ações coletivas passivas"²⁸.

A regra é oportuna. É boa, inclusive, por ser uma cláusula geral, não estabelecendo soluções legais *a priori*. A norma flexibiliza a interpretação do direito processual coletivo e transfere ao órgão jurisdicional a importante função de identificar qual é o regramento adequado ao caso concreto.

As regras sobre legitimidade (principalmente o controle jurisdicional da legitimação coletiva)²⁹, competência, tutela antecipada, audiência preliminar, compromisso de ajustamento de conduta, provas, julgamento

27. NETO, Rogério Rudiniki. *Ação Coletiva Passiva e Ação Duplamente Coletiva*, p. 171/172, para as citações de Cavaliere cf. CAVALIERE FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, p. 81/83.

28. GIDI, Antonio. "Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito". *Revista de Processo*. São Paulo, RT, 2003, n. 111.

29. Inclusive a possibilidade de substituição do legitimado coletivo passivo, no caso de falta de "representatividade adequada". Assim, também, DINAMARCO, Pedro. "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica", cit., p. 138.

antecipado do mérito, prioridade no processamento, conexão, litispendência, por exemplo, devem ser aplicadas, sem restrição.

O regime de custas deve ser pensado com cautela, já afirmamos que os réus na ação coletiva passiva também não precisarão adiantar "custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas"³⁰, contudo, o regime de custas precisa ser adaptado às peculiaridades da demanda e aos deveres probatórios das partes, especialmente em relação à antecipação dos honorários periciais. Basta pensar em uma ação duplamente passiva e na necessidade de antecipar os honorários periciais, aplicando-se o regime da isenção, previsto como forma de estímulo, a prova simplesmente não seria custeada, com prejuízo da tutela.

É possível, ainda, aplicar o entendimento de há interrupção do prazo prescricional para as ações individuais com o ajuizamento da ação coletiva, muito útil para os casos de ação coletiva ressarcitória ajuizada contra o grupo, citados anteriormente.

Muito importante a proteção da *fair notice* na ação coletiva passiva. Cabe, por exemplo, a aplicação do art. 21 do Código Modelo do Instituto Ibero Americano de Direito Processual, que impõe a publicação de edital nas ações coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos, permitindo a intervenção dos indivíduos no processo coletivo. Nas ações coletivas passivas que cuidam de *deveres individuais homogêneos*, essa comunicação também se impõe, até porque, como foi visto, o mais adequado é estender aos indivíduos (acusados da prática de um ilícito homogêneo) a coisa julgada coletiva passiva.

As regras sobre o Fundo dos Direitos Difusos e as que cuidam da interpretação do pedido e da causa de pedir somente poderão ser aplicadas em ações coletivas passivas se elas forem duplamente coletivas³¹.

Se o autor de uma ação coletiva ativa não pode ser condenado em honorários periciais, salvo má-fé, o que é um estímulo à tutela coletiva, o réu em uma ação coletiva passiva tem esse mesmo direito, já que idêntica a razão de proteção³².

30. Assim, também, DINAMARCO, Pedro. "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica", cit., p. 139.

31. Em sentido contrário, entendendo que as últimas devem ser aplicadas por isonomia às ações coletivas passivas, embora reconhecendo que "esa no fue la intención de los redactores del Anteproyecto", DINAMARCO, Pedro. "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica", cit., p. 139.

32. DINAMARCO, Pedro. "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica", cit., p. 139.

O objeto da liquidação de uma sentença coletiva passiva que verse sobre *deveres individuais homogêneos* consistirá na identificação dos *agentes do ilícito* e na fixação do valor da prestação pecuniária ressarcitória que têm de cumprir.

5. COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO PASSIVO

5.1. Consideração geral

Dos institutos do processo coletivo passivo, a coisa julgada é, certamente, aquele cujo perfil dogmático é o mais difícil de traçar. Isso em razão da opção do nosso direito positivo pela adoção do regime diferenciado de produção da coisa julgada coletiva.

Parte-se da premissa de que não existe regramento expresso sobre o tema no direito brasileiro. Essa lacuna legislativa não é suficiente, porém, para que se negue a possibilidade de ajuizamento de ação coletiva passiva, que, como visto, tem "aparecido" no foro brasileiro com bastante frequência. O princípio da adequação do processo impõe que se "crie" o sistema de coisa julgada coletiva passiva.

Neste item, vamos examinar as propostas que foram apresentadas pelos projetos de codificação multimencionados neste livro. São boas "hipóteses de trabalho".

5.2. Coisa julgada nas ações coletivas passivas propostas contra deveres ou estados de sujeição difusos ou coletivos *stricto sensu*

O art. 36 do CM-IIDP cuida da coisa julgada nas ações coletivas propostas contra coletividade titular de uma situação jurídica passiva difusa³³.

O texto desse artigo padece do mesmo defeito apontado nos comentários ao art. 35, vistos acima. A situação jurídica supraindividual, em uma ação coletiva passiva, está sempre afirmada no polo passivo da demanda, embora também possa ser afirmada no polo ativo (ação duplamente coletiva). O art. 35 continua deixando dúvidas sobre a possibilidade de uma ação coletiva apenas no polo passivo, possível como visto nos comentários acima.

33. "Art. 36 - Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe".

Feita essa advertência, a regra, no entanto, é boa. E é boa porque é simples.

A coisa julgada em uma ação coletiva proposta contra coletividade titular de situações jurídicas coletivas difusas é *pro et contra e erga omnes*. Há coisa julgada qualquer que seja o resultado do processo coletivo e a sua eficácia vincula todos os membros do grupo. Não há coisa julgada *secundum eventum probationis*, que, de acordo com uma das principais autoridades brasileiras sobre o tema, é "inadecuada en la acción colectiva pasiva"³⁴. Isso ocorre porque submeter o grupo a nova ação viola as garantias do Estado Democrático Constitucional, sem que esteja presente a justificativa do interesse público, visto que a parte individual se estivesse litigando em um processo individual, não teria esta possibilidade de repropor a demanda.

A opção do Código Modelo decorre da indivisibilidade da situação jurídica difusa passiva: não há como dar soluções diferentes para os membros do grupo, pois o dever é do grupo e, pois, a decisão que lhe diz respeito vincula todos os membros deste grupo.

Assim, por exemplo, se for proposta uma ação coletiva passiva contra uma associação de empresas de telefonia, com o objetivo de anular (por abusividade) uma cláusula do contrato de adesão de prestação desses serviços, a decisão valerá para todos os membros do grupo. O *estado de sujeição* (situação jurídica passiva correlata ao direito potestativo de anular a cláusula contratual) é difuso. A decisão vincula até mesmo aquelas empresas que não fazem parte da associação, já que a pretensão foi exercitada *contra* o grupo de empresas de telefonia, titular da situação jurídica passiva indivisível defendida em juízo por uma associação³⁵.

O regime da coisa julgada para os direitos coletivos *stricto sensu* é idêntico, ressaltando-se apenas o âmbito da coisa julgada que se restringe ao grupo de sujeitos (*ultra partes*). Ressalte-se, outrossim, que a divisão entre difusos e coletivos vem perdendo força na doutrina, não tendo sido incluída nos projetos comentados, muito embora ainda esteja prevista no direito positivo brasileiro. Neste curso adotamos o conceito de grupo para definir a titularidade, mais amplo e melhor para definir os temas de processos coletivos.

34. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la teoría de Liebman". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos - hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). México: Porrúa, 2003, p. 259.

35. Assim, por exemplo, a proposta de Código de Processos Coletivos de Antonio Gidi: "28.1 A associação representará o grupo como um todo e os membros do grupo. O membro do grupo será vinculado pela sentença coletiva independentemente do resultado da demanda, ainda que não seja membro da associação que o representou em juízo".

5.3. Coisa julgada nas ações coletivas passivas propostas contra deveres individuais homogêneos

O art. 37 do CM-IIDP³⁶ cuida da coisa julgada nas ações coletivas propostas contra coletividade sujeito de deveres individuais homogêneos.

A simplicidade da regra prevista no art. 36, já comentado, não se repetiu no art. 37. O CM-IIDP pretendeu dar um tratamento igual ao da coisa julgada nas ações coletivas ativas em tutela de direitos individuais homogêneos.

De acordo com a proposta, a coisa julgada, nestes casos, é *pro et contra e erga omnes* no plano coletivo. Há coisa julgada qualquer que seja o resultado da demanda e a decisão vincula todos, no plano coletivo. Não mais será possível discutir o assunto em uma ação coletiva.

Se a sentença acolher o pedido, porém, essa decisão não vinculará os membros da coletividade, os titulares de situações jurídicas subjetivas poderão afastar os efeitos da decisão em sua esfera individual, por ação própria ou incidentemente na execução. Há, aqui, uma "não extensão" da coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*: não se transporta a coisa julgada coletiva para o plano individual, se ela for desfavorável aos interesses dos membros do grupo³⁷.

Excepciona-se a regra quando a ação coletiva for proposta contra sindicato, na qualidade de substituto processual da categoria. Neste caso, a coisa julgada vinculará individualmente todos os membros do grupo, qualquer que seja o resultado da causa (art. 37, par. ún., CM-IIDP).

A proposta merece críticas³⁸.

36. "Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual. Parágrafo único - Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido".

37. "Así, en el caso de sentencia desfavorable al grupo, no habrá cosa juzgada con relación a cada uno de sus miembros. Si estos no toman ninguna iniciativa, serán abarcados por la eficacia natural de la sentencia. Pero si quieren oponerse a ella, tendrán que enjuiciar acción propia para apartar su eficacia en la esfera individual de cada cual". (GRINOVER, Ada Pellegrini. "Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la teoría de Liebman". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos - hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). México: Porrúa, 2003, p. 259.)

38. Como as que fez Antonio Gidi em 2003, ao considerar a proposta "genial desde el punto de vista intelectual", mas que "reduce innecesariamente la importancia práctica del instituto de las acciones colectivas pasivas". (GIDI, Antonio. "Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal", cit., p. 415.)

Se a coisa julgada coletiva, nestes casos, não vincular os membros do grupo no caso de procedência, este tipo de ação coletiva não terá qualquer utilidade. Isso já foi percebido inclusive por uma das relatoras do Código Modelo, Ada Pellegrini Grinover:

"La técnica utilizada por el Código Modelo irá probablemente restringir la utilización de la acción colectiva pasiva (...) a procesos dirigidos contra una amplia colectividad de personas. Si la colectividad es pequeña, es probable que todos - o casi todos - los miembros del grupo se rebelen en acción propia, contra la eficacia de la sentencia, atomizando la controversia y sustrayendo efectividad a la sentencia colectiva"³⁹.

Um exemplo pode ajudar a revelar a inadequação da proposta. Conforme visto acima, houve um caso no Brasil em que uma Universidade ingressou com ação possessória contra uma associação de estudantes, tendo em vista a invasão de um dos seus prédios. A justiça brasileira determinou a reintegração de posse. Se vingasse essa proposta, a sentença não teria qualquer efetividade, seria inócua, quase um conselho: qualquer dos alunos invasores poderia voltar-se contra a decisão, alegando que ela não lhe vincula. Embora a sentença tenha reconhecido a existência de *deveres individuais homogêneos da coletividade de alunos*, ela não poderia ser executada contra os membros do grupo. A situação seria absurda.

Outro exemplo. Imagine-se uma ação coletiva proposta por uma associação representando correntistas de banco contra todos os bancos do país, defendidos pela associação que os congrega. Trata-se, portanto, de ação duplamente coletiva, pois uma associação representa um grupo em cada polo da relação processual. No polo ativo, afirma-se a titularidade de direitos individuais homogêneos de indenização dos correntistas de banco, pelos prejuízos causados pela não correção de suas contas de poupança pelos critérios de atualização corretos; no polo passivo, afirma-se a existência de um dever coletivo dos bancos de proceder à correção desses valores, situação jurídica essa defendida por uma associação de instituições bancárias. De acordo com o regime da coisa julgada coletiva ativa previsto no CM-IIDP, se o pedido for julgado procedente, as vítimas serão beneficiadas com a decisão e poderão executar as suas pretensões individuais contra os seus respectivos bancos. Mas, tendo em vista o regime da coisa julgada coletiva passiva, os bancos poderão escapar à coisa julgada, afastando a

39. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la teoría de Liebman", cit., p. 259.

incidência da decisão sobre a sua esfera individual. Assim, a ação coletiva, que neste caso é ativa e passiva, não serviu para rigorosamente nada⁴⁰.

A inadequação da proposta revela-se, também, pela inclusão do parágrafo único ao art. 37, excepcionando a regra. O dispositivo não constava da primeira versão do Código Modelo, e certamente foi incluído após se ter percebido que, em litígios sindicais, se a coisa julgada não submeter os sindicalizados, não há qualquer sentido na ação coletiva passiva. Ora, *idem aedem ratio, ibi legis dispositio*: só assim a norma faz sentido.

A proposta parece servir apenas para os casos de ação declaratória negativa de um direito coletivo, uma ação coletiva "ao contrário" proposta contra o legitimado que poderia ter proposto uma ação coletiva ativa. Ou seja: somente serve para os casos em que se pede a declaração da *inexistência de uma situação jurídica ativa coletiva*, que, como visto, não é caso de ação coletiva passiva. Trata-se de regra que é o espelho do § 2º do art. 33 do CM-1990⁴¹. Criou-se uma regra para ações coletivas ativas reversas, e não para ações coletivas passivas.

6. CONSIDERAÇÃO FINAL

No Brasil, um dos principais argumentos contra a ação coletiva passiva é a inexistência de texto expresso, lacuna que estará preenchida acaso vingue o modelo proposto. Demais disso, a permissão da ação coletiva passiva é decorrência do princípio do acesso à justiça (nenhuma pretensão pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário). Não admitir a ação coletiva passiva é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretende exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de defesa, mas não poderia demandar. Negar a possibilidade de ação coletiva passiva é, ainda, fechar os olhos para a realidade: os conflitos de interesses podem envolver particular-particular, particular-grupo e grupo-grupo. Na sociedade de massas, há conflitos de massa e conflitos entre massas.

O art. 83 do CDC determina que, para a defesa dos direitos coletivos (*lato sensu*), são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

40. Também percebendo a inaplicabilidade da regra nos casos de ações duplamente coletivas, MAIA, Diogo. *Fundamentos da ação coletiva passiva*. Dissertação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 185.

41. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la teoría de Liebman", cit., p. 259.

A inexistência de texto legal expresso que confira legitimação coletiva passiva não parece obstáculo intransponível. Conforme já foi visto, a atribuição de legitimação extraordinária não precisa constar de texto expresso, bastando que se a retire do sistema jurídico. A partir do momento em que não se proíbe o ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental ou mandado de segurança contra ato judicial pelo réu de ação coletiva ativa, admite-se, implicitamente, que algum sujeito responderá pela coletividade, ou seja, admite-se a ação coletiva passiva. Ademais, o cerne da argumentação contrária está na compreensão da palavra "defesa", que se encontra no art. 82 do CDC, que supostamente indicaria apenas o polo ativo das demandas judiciais; não há qualquer indicativo no texto de lei que aponte para o sentido de que "defesa", ali, somente significa "defesa no polo ativo", excluindo-se a "defesa no polo passivo".

Não é correta, ainda, a premissa de que "não há regramento expresso" sobre o tema no direito brasileiro. No âmbito da Justiça do Trabalho, há muito se admitem processos judiciais que tenham por objeto a discussão de convenção coletiva de trabalho (art. 1º da Lei n. 8.984/1995)⁴². Nessas hipóteses, os sindicatos estarão em polos opostos defendendo em juízo interesses das suas respectivas categorias.

No âmbito do processo do trabalho convém apontar o item II do enunciado n. 406 da súmula do TST, que expressamente admite o ajuizamento de ação rescisória em face do sindicato legitimado extraordinário autor da ação originária: "II - O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindenda, possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário".

42. Art. 1º: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador".