4

edição
2014

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

FREDIE DIDIER JR.
HERMES ZANETI JR.

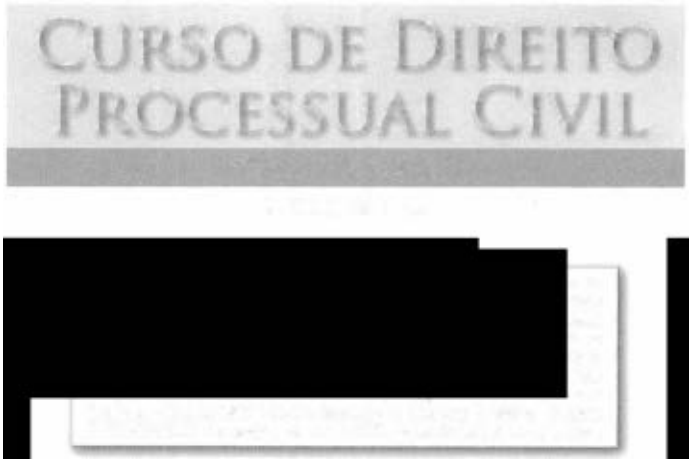
Processo Coletivo

Atualizada de acordo com as Leis Federais n. 12.527/2011 (lei de acesso às informações) e 12.529/2011 (que redesenhou o sistema de proteção da concorrência no direito brasileiro), a Resolução Conjunta n. 02/2011, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Código Civil, as súmulas do STJ e STF, os projetos de codificação da legislação coletiva (Código de Processo Civil Coletivo Modelo para países de direito escrito – Antônio Gidi, Código-Modelo para a Ibero-América, Código Brasileiro de Processos Coletivos – Projeto IBDP e Código Brasileiro de Processos Coletivos – Projeto UERJ-UNESA) e o projeto de novo CDC, todos incluídos no apêndice.

9ª edição
revista,
ampliada e
atualizada

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br









FREOU: DIDIER JR.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado).

Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana ele Direito, Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto lberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte c Nordeste de Proíessores de Processo. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico.

wwwfrediedidier. com. br

HERMES ZANETl JR.

Mestre e Doutor (UFRGS). Doutorando em Filosofia do Direito na Università degli Studi di Roma Tre (UNIROMA3). Pós-doutorando em Processos Coletivos Università degli Studi di Torino (UNlTO). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UFES (Mestrado). Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu - Processo e Constituição - da Faculdade de Direito da

UFRGS. Professor do Curso de Direito Processual Civil da JusPODlVM e Pretorium -Telcpresencial. Promotor de Justiça ao Estado do Espírito Santo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (llDP). Membro da ABRAMPA (Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente) e do MPCon (Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor).

CURSO DE DIREITO

PROC.ESSUAL CIVIL

PROCESSO COLETIVO

VOLUME 4

8" edição

Atualizada de acordo com as Leis Federais n. 1 2.527/201 1 (lei de acesso às informações) e 12.529/201 1 (que redesenhou o sistema de proteção da concorrência no direito brasileiro), a Resolução Conjunta n. 02/2011, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Código Civil, as súmulas do STJ e STF, os projetos de codificação da legislação coletiva (Código de Processo Civil Coletivo Modelo para países de direito escrito - Antônio Gidi, Código-Modelo para a Ibero-América, Código Brasileiro de Processos Coletivos - Projeto IBDP e Código Brasileiro de Processos Coletivos - Projeto UERJ-UNESA) e o projeto de novo CDC, todos incluídos no apêndice.

2013

1 EDITORA

JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



1 EDITORA

JusPODNM

www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 - Pi tuba, CEP: 41830-151 - Salvador - Bahia Tel: (7 1) 3363-8617 f Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br
Copyright: Edições J11sPODI VM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehr hardl Júnior, Nestor Tâvora, Robério Nunes Filho, Roberrnl Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (ww1v.b11e11ojardi111.co111.b1)
Diagramação: Cendi Coelho (cendicoelho@gmail.com)

Todos os direitos dcs1a edição reservados à Edições J11sPODIVM.

É 1em1inantcmentc proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autonzação do autor e da Edições ./usPOOIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime dcscnto na legislaç&#xfffd;o em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

A Rodrigo Mazzei, amigo comum, jurista
eximia e um dos líderes luminares da
nova geração de juristas brasileiros

SUMÁRIO

NOTADOS AUTORESÀOITAVA EDIÇÃO.....

17

PREFÁCIO À PRIMEIRA EDIÇÃO .....

19

APRESENTAÇÃO À PRIMEIRA EDIÇÃO .....

21

Capítulo 1

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO COLETIVO.....

25

1. Breve Histórico das Ações Coletivas.....

25

1.1. Generalidades.....

25

1.2. Clóvis Beviláqua: um "réquiem" para as ações coletivas e para as tutelas adequadas aos direitos não-patrimoniais.....

26

1.3. Novas mudanças e os desdobramentos da alteração do paradigma individualista no Processo Civil Brasileiro: rumo ao processo (também) não-patrimonial e à primazia da tutela específica .....

29

2. A ação coletiva não é litisconsórcio

multitudinário: a estrutura "molecular" do litígio.....

32

3. Fundamentos sociológicos e políticos da ação coletiva.....

35

4. O processo coletivo como espécie de

"processo de interesse público" (public law litigation) .....

37

5. Conceito de processo coletivo no direito brasileiro.....

43

6. O microssistema processual coletivo e o papel do

Código de Defesa do Consumidor .....

48

6.1.

Generalidades.....

48

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

49

6.3. O microssistema do processo coletivo.....

52

7. Modelos de tutela jurisdicional dos direitos coletivos.....

57

7 .1. Consideração inicial.....

57

7.2. Modelo da Verbandsklage (tradicional da Europa-Continental).....

58

7.3. Modelo das class actions (modelo norte-americano).....

59

7.4. Universalização da experiência norte-americana e brasileira.....

61

8. Legislação e procedimentos relacionados à tutela coletiva.....

62

9. Projetos de Código Processual Coletivo e principais tendências do Direito Processual Coletivo.....

65

9.1. Projetos de Código de Processos Coletivos.....

65

9.2. A lógica da nova codificação: platôs filosóficos, razão fraca e racionalidade jurídica.....

70

9.3. Microssistemas e códigos: falsa incompatibilidade.....

73

9.4. O contraditório como valor-fonte do Direito Processual e a necessidade de normas abertas no Código Processual Civil Coletivo.....

74

FREDIE ÜID!ER JR. E HERMES ZANETI JR.

Cap ítulo II

DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU

(DIFUSOS, COLETIVOS E JNDIVIDUAlS HOMOGÊNEOS).....

77

1. Introdução ....

77

2. Direitos difusos ....

78

3. Direitos coletivos stricto sensu ....

.....

.

.....

78

4. Direitos individuais homogêneos.....

79

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

84

6. Titularidade dos direitos coletivos lato sensu: direitos subjetivos coletivos .....

86

7. Critérios para a identificação do direito objeto da ação coletiva ....

.

87

8. Direitos ou "interesses"?.....

90

9. Ações pseudoindividuais? .....

96

1 O. Ações pseudocoletivas ....
.....

98

11. Siniações jurídicas coletivas passivas.....

99

Capítulo ill

PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA .....
1O1

1. Introdução à teoria dos princípios.....
101

1.1. A importância dos princípios no direito anial 1O1

.

1.2. Funções ou dimensões dos princípios..... 103

1.3. Jusnaturalistas ejuspositivistas ....

.

.

105

1.4. Princípios como fontes primárias..... 107

1.5. Definição de normas-princípio e normas-regra..... J 08

1.6. Princípios como razões para regras.....

J l l

1.7. Caráter primafacie das regras..... 112

1.8. Direitos fundamentais como princípios e regras..... 113

2. Princípios da tutela coletiva.....
114

2.1. Consideração introdutória..... 114

2.2. Princípio do devido processo legal coletivo ....

.

.

115

2.2. l. Generalidades 115

2.2.2. Princípio da adequada representação (legitimação) 116

2.2.3. Princípio da adequada certificação da ação coletiva 117

2.2.4. Princípio da coisa julgada diferenciada e a "extensão subjetiva"

da coisa julgada secundum eventum litis à esfera individual..... 118

2.2.5. Princípio da informação e publicidade adequadas. 118

2.2.6. Princípio da competência adequada

(forum non conveniens e forum shopping) 119

2.3. Princípio da primazia do conhecimento

do mérito do processo coletivo 121

2.4. Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva ....

.

124

2.5. Princípio do microssistema: aplicação

integrada das leis para a nitela coletiva..... 126

2.6. Reparação integral do dano..... 127

8

SUMÁRIO

2.7. Princípios da não-taxatividade e atipicidade

(máxima amplitude) da ação e do processo coletivo 128

2.7.l. Generalidades 128

2.7.2. O mandado de segurança coletivo como instrumento

processual para a tutela de direitos difusos 130

2.7.3. A tutela da Igualdade Racial e o Controle .Judicial das Políticas Públicas (Lei 12.288/201 O - Estatuto da Igualdade Racial)..... 132

2.8. Princípio do ativismo judicial..... 134

3. Necessidade de indicação dos princípios

na proposta de CBPC ou nas reformas da legislação coletiva 137

Capítulo IV

COMPETÊNCIA..... 141

1. Princípio da competência adequada..... 141

2. Competência territorial..... 142

2.1 .

Distinção entre competência funcional

e competência territorial absoluta..... 142

2.2. A competência para a ação civil pública

como hipótese de competência territorial absoluta..... 142

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) 144

2.4. Competência quando o dano ou o ilícito for nacional 145

2.5. Competência quando o dano ou o ilícito for regional..... 147

2.6. Competência quando o dano ou o ilícito for estadual..... 148

3. A restrição territorial da eficácia das decisões em ação coletiva: o art . .... 16 da Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e o art. .. 2° da Lei Federal nº 9.494/97. A decisão da 3ª. T. do STJ no REsp n. 1243386/RS. 149

4. Competência para a ação de improbidade administrativa..... 157

4. J . A inconstitucionalidade da

Lei Federal nº 10.628/2002 (Prerrogativa de função)..... 157

4.2. Competência para Julgamento dos

Agentes Políticos (Crime de Responsabilidade e Bis in Idem)..... 162

5. Outras hipóteses de competência

da Justiça Federal para processar e julgar ação coletiva..... 166

6. Competência do STF para as ações coletivas que envolvam conflitos entre estados ou entre esses e a União (art. 102, 1, "f', CF/88) 166

7. Casos extraordinários de competência

originária do STF para julgar a ação popular..... 167

8. Competência parajuJgamento de ação civil pública sobre poluição visual por propaganda política: Justiça Eleitoral ou Justiça Comum? ..... J 69

Capítulo V

CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕESCOLETIVAS E A

RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS E AÇÕES INDIVIDUAIS..... 171

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

l. Conexão..... 171

1.1. Considerações gerais sobre a conexão..... 171

1.2. A conexão e a prevenção na tutela jurisdicional coletiva..... 174

1.3. A conexão em causas coletivas pode importar

modificação de uma regra de competência absoluta?

É possível falar em juízo prevente universal?..... 176

2. Litispendência 180

2.1.

Considerações gerais sobre a litispendência 180

2.2. Litispendência entre demandas coletivas..... 181

2.2.1. Generalidades. Litispendência entre demandas

coletivas propostas por legitimados diversos..... 181

2.2.2. Efeito da Jitispendência entre demandas

coletivas com partes distintas..... 182

2.2.3. Identidade da situação jurídica substancial deduzida..... 184

2.2.4. Litispendência entre demandas com causas de pedir distintas..... 185

2.2.5. Litispendência entre as demandas coletivas

que tramitam sob procedimentos diversos 187

2.2.6. Há litispendêocia entre uma ação coletiva

que versa sobre direitos difusos e outra que

versa sobre direitos individuais homogêneos?..... l 87

3. Relação entre a ação coletiva e a ação individual..... 189

3.1. A ação coletiva não induz litispendência para a ação individual..... 189

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..... 189

3.3.

A desistência do mandado de segurança individual em razão da pendência do mandado de segw-ança coletivo. Alt. 22, § 1 º, da Lei n. 12.016/2009.

Possível inconstit11cionalidade. Apelo ao microssistema 191

3.4.

Há continência entre ação coletiva e ação individual?..... 193

3.5. O direito à auto-exclusão (right to opt out)

no microssistema brasileiro de tutela coletiva..... 193

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) 195

3.7. Comunicação da existência de processos repetitivos ou outro fato que possa dar ensejo ao ajuizamento de ação coletiva (art. 7° da LACP)..... 200

Capítulo V I

LEGITIMAÇÃO A D C A USAhl NAS AÇÕES COLETIVAS..... 203

1. Natureza jurídica da legitimação coletiva..... 203

2. Legitimação ativa..... 207

3. Características da legitimação coletiva.....
210

4. O problema do interesse do substituto 212

5. Controle jurisdicional da legitimação coletiva.....
2 l 5

SUMÁRIO

6. Conseqüência da falta de legitimação coletiva ativa..... 220

7. Legitimidade ativa das Defensorias Públicas..... 221

8. "Legitimidade ad causam ou ad processum"

no mandado de segurança coletivo. Perspectivas 226

9. Notas sobre litisconsórcio na ação de improbidade administrativa: litisconsórcio entre "agentes ímprobos" e litisconsórcio entre o "agente ímprobo" e a pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário..... 229

1 O. Outros problemas relacionados à legitimidade ativa do Ministério Público..... 231

Capítulo VII

lNQUÉRlTO CIVIL..... 233

l. Noções gerais..... 233

2. Princípio do contraditório 238

3. Princípio ela publicidade..... 242

4. Princípio da duração razoável do procedimento..... 244

5. [nstauração 244

6. Inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta .....
246

7. Arquivamento.....
247

8. Reabertura do inquérito e reapreciação de provas .....
251

9. O inquérito civil e o crime de falso testemunho .....
253

1 O.
Recomendações.....
254

11. Audiências públicas 256

12. Cadastro nacional das ações coletivas,

inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta.....
258

Capítulo VIII

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS.....
261

1. Assistência nas causas que versem

sobre direitos difusos e coletivos stricto sensu .....
261

2. Assistência nas causas que versem sobre direitos individuais homogêneos.....
264

3. Intervenção de amicus curiae em ações coletivas.....
266

4. Assistência na ação popular 267

5. [ntervenção do colegitimado em ação coletiva

(litisconsórcio ulterior unitário ativo)..... 269

6. Intervenção da pessoa jurídica i11teressada

na ação popular e na ação de improbidade administrativa..... 271

7. Denunciação da lide..... 273

7.1. O problema do inciso III do art. 70 do CPC 273

7.2. A questão na ação civil pública..... 276

7.3. A denunciação da lide e o chamamento

ao processo nas causas coletivas ele consumo..... 278

8. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (lato sensu) como assistente simples em processo individual..... 281

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Capítulo IX

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA

(MATERIAL E PROCESSUAL) .....

285

l. Regime jurídico da prescrição

e da decadência dos direitos coletivos lato sensu 285

l. l.

Generalidades..... 285

1.2. Classificação dos Direitos Subjetivos:

Direitos-Prestação, Direitos-Poder e Direitos-Dever..... 288

1.3.

Classificação das Ações 290

1.4. A imprescritibilidade das ações coletivas..... 291

1.5.

Prescritibili.dade das ações coletivas..... 293

1.6.

Contagem e fluência do prazo..... 297

l.7. Momento da fluência e aplicação subsidiária do CDC: início flexível 298

l.8. Momento da fluência: danos permanentes e continuados..... 305

1.9. A propositura de uma ação coletiva

inte1TOrnpe o prazo prescricional para a ação individual? 306

1.1 O. Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário.

Exame do pensamento de Ada Pellegrini Grinover 306

1.11. 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..... 309

1.12. Prazo quinquenal para as execuções decorrentes de ações coletivas..... 311

1.13. Discussão sobre a legitimidade e início do prazo prescricional para a execução individual fundada em sentença coletiva..... 312

2. O pedido na ação coletiva 314

2.1. Interpretação do pedido..... 314

2.2. Ampliação e aditamento do pedido..... 316

2.3. O pedido de indenização por dano moral coletivo..... 319

2.4. Ações coletivas e o controle de constitucionalidade..... 323

2.5. Ação coletiva em matéria tributária e previdenciária 326

3. Abandono em ações coletivas..... 331

4. Desistência em ações coletivas..... 331

5. A reconvenção..... 332

6. A distribuição dinâmica do ônus da prova..... 334

7. Conciliação nas causas coletivas: compromisso de ajustamento de conduta..... 339

8. Tutela de urgência nos processos coletivos..... 342

9. Litigância de má-fé e despesas processuais..... 347

9.1. Regime jurídico geral de adiantamento

de custas processuais e pagamento de honorários

advocatícios de sucumbência nas ações coletivas. 347

9.2. Outros possíveis condenados em razão da litigância de má-fé..... 349

9.3. Condenação do Ministério Público:

responsabilidade da Fazenda Pública..... 351

9.4. Artigos 17 e 18 da Lei de ação civil pública..... 352

SuMÁRlO

9.5. Quadro comparativo dos regimes das custas

e honorários nos Códigos Modelo e nos

Projetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos..... 353

10. A atuação do Ministério Público nas ações
coletivas..... 355

10.1. Litisconsórcio entre Ministérios Públicos

e o problema da competência..... 355

10.2. A questão do enunciado n. 489 da súmula STJ..... 359

10.3. Intervenção como custos legis .....
362

10.4. Ministério Público e os direitos individuais homogêneos: função promocional dos relevantes interesses sociais 364

10.5. Ministério Público e o seguro decorrente do DPVAT:

o enunciado n. 470 da súmula do STJ..... 372

10.6. Ministério Público e proteção ao erário..... 3
74

1O.7. Ministério Público como parte e a prerrogativa

funcional da reserva de "assento à direita do órgão jurisdicional" (art. 41, XL, Lei n. 8.625/1993) ..... :..... 377

11. Questões recursais.....
378

11.1. O recurso de terceiro..... 378

11.1.1. Consideração introdutória 378

11.1.2. Regras básicas ....
3 78

l l.1.3. Recurso de terceiro colegitimado contra a homologação de compromisso judicial ele ajustamento de conduta..... 379

11.2. O interesse recursai..... 380

11.3. O efeito suspensivo dos recursos..... 381

12. O reexame
necessário..... 382

Capítulo X

COISA JULGADA .....
385

1. Noções gerais sobre o regime jurídico da coisa julgada.....
385

2. Regime jurídico da coisa julgada coletiva .....
387

2.1. Nota introdutória..... 387

2.2.

Coisa julgada coletiva nas ações que versam

sobre direitos difusos ou coletivos..... 388

2.3.

Coisa julgada coletiva nas ações que versam

sobre direitos individuais homogêneos..... 390

3. O art. 16 da LACP e a restrição territorial da coisa julgada coletiva.....
391

4. Repercussão da coisa julgada coletiva

no plano individual (§§ 2° e 3° do art. 103 do CDC) ....
392

5. Alguns posicionamentos doutrinários críticos à extensão da coisa julgada ao plano individual secundum eventum litis 394

6.

Transporte in utilibus da coisa julgada penal coletiva

para a esfera coletiva e individual (art. 103º, § 4º, CDC) 396

7. Coisa julgada na ação de improbidade administrativa..... 396

8. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo..... 398

S

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

9. Ação rescisória de sentença coletiva fundada em prova nova: análise da proposta do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-américa 400

Capítulo XI

LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA..... 403

1. A liquidação coletiva..... 403

l.l. Conceito de liquidação 403

1.2. Processo de liquidação, fase de liquidação e liquidação incidental..... 404

1.2. 1. Introdução: antes e depois da Lei Federal nº 11.232/2005 404

l.2.2. A fase de liquidação (ou liquidação-fase)..... 405

1.3. A liquidação da sentença genérica proferida em processo em que se discutem direitos individuais homogêneos..... 407

1.4. Liquidação de sentença proferida em processo coletivo em que se discutem direitos difusos ou coletivos

em sentido estrito (pre tações pecuniárias)..... 409

1.5. Ajluid recovety..... 409

2. Execução da sentença no processo coletivo..... 412

2.1. Generalidades..... 412

2.2. O fundo de defesa dos direitos difusos

(FDD, art. 13 da Lei Federal nº 7.347/1985) 415

2.3. A execução da sentença genérica na ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos. O problema da legitimidade ativa..... 418

2.4. Execução fundada em sentença penal coletiva condenatória 422

2.5. Execução coletiva fundada em título extrajudicial.

O paradigma da execução das decisões do CADE 423

2.6. Execução de decisão que determina a implantação de política pública. A possibilidade de uma execução negociada 425

2.7. Regime jurídico das despesas processuais na execução coletiva..... 426

2.8. Execução de sentença coletiva não embargada pela

Fazenda Pública e honorários advocatícios de sucumbência..... 427

3. Competência para a liquidação e execução coletivas 431

Capítulo XIl

PROCESSO COLETIVO PASSIVO 435

l. Nota introdutória 435

2. Conceito e classificação das ações coletivas passivas.

As situações jurídicas passivas coletivas: deveres e

estados de sujeição difusos e individuais homogêneos..... 435

3. Exemplos de ações coletivas passivas..... 439

4. Aplicação subsidiária das regras do processo coletivo ativo 443

5. Coisa julgada no processo coletivo passivo..... 444

5 .1. Consideração geral..... 444

5.2. Coisa julgada nas ações coletivas passivas propostas contra deveres ou estados de sujeição difusos ou coletivos stricto sensu..... 445

SUMÁRIO

5.3. Coisa julgada nas ações coletivas passivas propostas contra deveres individuais homogêneos..... 446

6. Consideração final..... 449

1 BIBLIOGRAFIA 1

BIBLIOGRAFIA..... 453

IANEXOS 1

Anexo I

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COLETIVO:

UM MODELO PARA PAÍSES DE DIREITO ESCRITO..... 479

Anex o ll

ANTEPROJETO DE CÓDIGO MODELO

DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA 493

Anexo III

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO

DE PROCESSOS COLETIVOS: EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS..... 501

Anexo IV

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO

DE PROCESSOS COLETIVOS: O ANTEPROJETO

ELABORADO NO ÂMBITO DOS PROGRAMAS

DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UERJ E UNESA 523

Anexo V

PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 282, DE 2012 541

1 5

NOTA DOS AUTORES À OITAVA EDIÇÃO

A oitava edição desse quarto volume do Curso de Direito Processual Civil vem com algumas alterações.

Inserimos itens novos: a) o problema da prescrição da execução coletiva na pendência de discussão sobre a legitimidade ativa; b) análise do n. 489 da súmula do STJ; c) a execução negociada de decisão que determina a implantação de política pública; d) competência para processar ação coletiva sobre pol.uição visual decorrente de propaganda política.

Simplificamos a redação do item que cuida da natureza jurídica da legitimação coletiva.

Além disso, examinamos a mudança de entendimento do STJ sobre a aplicação do art. 16 da Lei n . 7.34711985-decisão da 3ªT do STJ no REsp n. 1.243.386/RS.

Queremos agradecer a Rafael Ferreira, que nos ajuda o ano todo n�sta empresa de manter o livro atualizado.

Ratificamos o que dissemos no ano passado: esse livro é uma obra abe1ia; depende, pois, de seus leitores e dos colegas para continuar sendo aperfeiçoada.

Esperamos que o livro continue a receber dos estudantes, estudiosos e julgadores (inclusive o STJ, que já nos prestigiou) a mesma receptividade e boa vontade que até hoje vem recebendo.

M uito obrigados.

Salvador, Bahia, Vitória, Espírito Santo, em janeiro de 2013.

Fredie Didier J r.

wwwfrediedidier. com. br

facebook. com/FredieD idier Jr

Hermes Zaneti J r.

zanet i. ez@terra.com. br

http://hermeszanetij r. blogspot. com

PREFÁCIO À PRIMEIRA EDIÇÃO

Escrever esse prefácio tem sabor especial. Não somente porque admiro a competência intelectual dos seus autores mas porque, alguns anos atrás, eu previ que este livro um dia seria escrito.' Trata-se, ademais, de uma enorme responsabilidade, pois estou convencido de que este livro consolidará a ciência do Direito Processual Col.etivo no Brasil e terá profunda influência internacional.

Se o final do século passado foi marcado pelas lutas para estabelecer as bases do

direito processual civil coletivo, o início deste é o momento onde este novo ramo do processo civil ficará definitivamente estabelecido, com seu próprio manual e, talvez, seu próprio código. E este livro está na vanguarda dessa evolução.

Já conhecemos bem a história da proteção coletiva dos direitos de grupo. A origem próxima das ações coletivas são as class actions americanas, assim como concebidas em uma reforma processual de 1 966. Essa reforma não passou despercebida pelos processualistas europeus da época. As ações coletivas brasileiras nasceram exatamente dos trabalhos publicados pelos pesquisadores italianos sobre as ações coletivas americanas, principalmente Mamo Cappelletti, Michele Taruffo, Vicenzo Vigoriti e Proto Pisani. Esse movimento italiano foi recebido no final dos anos 70 no Brasil de forma acolhedora por Barbosa Moreira, Ada Pellegrini e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior. Os anos 80 foram dedicados à batalha política de reconhecimento legislativo e a experiência dos anos 90 serviu para consolidar as diretrizes teóricas e práticas da tutela coletiva no Brasil.

Apesar de breve, este não foi um caminho sem retrocessos metodológicos, legislativos e j urisprudenciais. Por exemplo, há livros e artigos publicados neste século sobre a ação civil pública como se uma ação com esse nome existisse ou como se ela existisse independentemente do contexto do Código do Consumidor.

Recentemente, sofremos uma emenda ao art. 1 6 da Lei da Ação Civil Pública, limitando a coisa julgada coletiva de uma maneira atabalhoada, traiçoeira e, segundo muitos, inconstitucional. Como se não bastasse, sofremos diariamente com urna j urisprudência atrasada, contraditória e incompentente.

Didier e Zaneti, herdeiros dessa trajetória, com a publicação deste livro pioneiro, deixam o seu legado para a história do direito processual civil coletivo no 1. G!Dl, Antonio. Coisa julgada e litispendê11cia em ações coletivas, p. 83. Devo confessar, porém, que, quando eu previ que o Direito Processual Civil Coletivo ganharia maturidade científica, se tomaria urna disciplina independente e teria um código próprio, jamais esperaria que tudo isso se concretizaria ern apenas dez anos.

FREDIE ÜfDIER JR. E HERMES ZANITI JR.

Brasil, sendo precursores de uma nova mentalidade e responsáveis pela sua continuação. Em brilhante analogia com o ensino de l ínguas estrangeiras, os autores se propõem a educar os nossos jovens a pensar o fenômeno coletivo, sem intermédio do direito individual. Após ler este livro em sua inteireza, estou convencido de que os autores se desincumbiram do desafio com elegância e sofisticação, fazendo desta obra uma importante ferramenta para a construção de uma teo1ia do processo coletivo mais adequada e uma prática mais justa.

O direito processual civil coletivo é uma realidade, mas precisamos de estudiosos para sistematizá-lo. Este é um livro didático, introdutório, cujo objetivo é ensinar, mas vai muito além: sintetiza, aprimora, sugere, inspira, critica, soluciona, discorda de posições estabelecidas, toma posições difíceis, enfim, dá legitimidade intelectual a esse novo ramo do Direito. Devido ao alto nível do seu conteúdo e à riqueza de informações, sua utilidade vai muito além da que normalmente se espera de um "Curso", sendo texto de consulta obrigatória não somente para os profissionais como para os pesquisadores. Está destinado a se tornar um clássico do direito.

Resta-nos esperar que esta edição não seja a única e que os seus autores continuem aprimorando constantemente esse novo sistema que, vulnerável, ainda tem muito o que evoluir e que, infelizmente, ainda precisa de estudiosos dedicados como Zaneti e Didier.

Antonio Gidi

Professor na Faculdade de Direito

da ojversidade de Houston

ÁPRESENTAÇÃO À PRIMEIRA EDIÇÃO

É com verdadeiro entusiasmo que saúdo o volume 4 do Curso de Direito Processual Civil, de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Uma obra que representa verdadeiro marco no estudo dos processos coletivos. Uma obra que sistematiza o assunto e constitui um manancial de informações e de posições críticas sobre os assuntos ainda controvertidos da matéria, que se encontra em franca evolução.

O melhor da doutrina e a jurisprudência mais significativa, tudo analisado e

esmiuçado com espírito inovador e crítico, no maior rigor científico. As últimas novidades em termos de legislação, trazendo à colação o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (apresentado pelo Jnstituto Brasileiro de Direito Processual ao Ministério da Justiça e em fase de análise de propostas de diversos órgãos e instituições); o Anteprojeto da UERJ-UNESA e a proposta de Antônio Gidi, analisados em quadros comparativos.

O livro compõe-se de 1 1 capítulos.

O primeiro, introdutório, contém um histórico das ações coletivas e as no

ções fundamentais sobre a matéria, comparando os modelos do common law e do brasileiro.

O segundo debruça-se sobre a tipologia dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, analisando os diversos critérios aptos à sua identificação.

O terceiro analisa os princípios gerais da tutela coletiva que arrola como sendo o acesso à justiça (no qual inclui a duração razoável do processo); o princípio da universalidade da jurisdição e da primazia da tutela coletiva; o princípio da participação; o do contraditório; o do ativismo judicial; o da economia processual; o princípio da instrumentalidade substancial das formas e do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; o da ampla divulgação da demanda e da informação aos órgãos competentes; o princípio da extensão subjetiva da coisa j ulgada secundum eventum litis e o princípio do transporte in utilibus do julgado; o da indisponibilidade (temperada) da demanda coletiva cognitiva e o princípio da continuidade; o da obrigatoriedade da demanda coletiva executiva; o da subsidiariedade do microssistema e do devido processo legal. coletivo; o da atipicidade da ação coletiva; o princípio da adequada representação e do controle judicial da legitimação. Tudo isso conforta a idéia da existência de um novo ramo do direito processual - o Direito Processual Coletivo-, culminando numa proposta 21

no sentido de que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos indique os referidos princípios.

O quarto capítulo trata exaustivamente do árduo tema da competência, com preciosas observações sobre a competência funcional e a competência ten-itorial absoluta e sobre os danos de abrangência nacional ou regional e sobre a competência para a ação de improbidade administrativa, apontando para a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002 nessa matéria.

Litispendência, conexão e continência são objeto do quinto capítulo, no qual se examinam as relações entre demandas coletivas e entre demanda coletiva e as ações individuais; a modificação da competência em demandas coletivas, o tratamento da matéria nos Anteprojetos e o problema dos conflitos de competência na j urisprudência do STJ.

O sexto capítulo examina a questão da legitimação nas ações coletivas, um dos aspectos mais discutidos da tutela jurisdicional coletiva, examinando primeiro as três principais teorias sobre a natureza da legitimação coletiva - a legitimação extraordinária, a legitimação ordinária e a legitimação autônoma -, tendendo para a extraordinária, com a importante observação atinente ao regime excepcional estabelecido nos arts. 1 03 e 1 04 do CDC quanto aos efeitos da 1 itispendência e da coisa julgada. A seguir, ocupam-se os autores da legitimação ativa e da legitimação passiva, sendo que nesta é enfrentado o importante tema da ação coletiva passiva. Encontram-se depois as considerações sobre o interesse dos substituídos em relação à legitimação coletiva. O controle jurisdicional da legitimação coletiva é analisado, analisando-se a questão da possibilidade, ou não, do controle sobre a representatividade adequada. Finalmente, são examinadas as conseqüências da aferição da falta de legitimação coletiva ativa, a legitimação para a liquidação e execução coletiva e a polêmica questão da legitimidade ativa das Defensorias Públicas, com a posição do STJ e a menção ao Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que a prevê expressamente.

O I nquérito Civil Público é analisado no capítulo sétimo, em que se dá relevância à análise do princípio do contraditório, da publicidade e da duração razoável do procedimento. O compromisso de ajustamento de conduta, o arquivamento do inquérito e sua reabertura com novas provas são também objeto deste capítulo.

Talvez, numa nova edição da obra - que certamente virá em breve - valeria a pena considerar com mais profundidade a natureza do acordo contido no Tenno de Ajustamento de conduta, uma vez cumpridas suas condições, que, a meu ver, configura uma transação, com efeito assemelhado à coisa julgada, sendo que a preclusão administrativa impede a reabertura de inquérito sobre a conduta coberta pelo TAC, mesmo que com provas novas (dos fatos pretéritos).

APRESENTAÇÃO À PRIMEIRA EDIÇÃO

O oitavo capítulo trata da intervenção de terceiros: primeiro com as figuras previstas no microssistema brasileiro de processos coletivos, na ação popular e na ação de improbidade administrativa, analisando as hipóteses de assistência (com uma menção, por analogia, à intervenção do amicus curiae) e de litisconsórcios originário e ulterior. Depois, com a análise das figuras previstas no CPC: a denunciação da lide e o chamamento ao processo.

No nono capítulo, que chamaríamos de residual, são examinadas outras

importantes questões da tutela coletiva, material e processual, como o regime da prescrição e da decadência das pretensões e dos direitos coletivos, em que se trazem à colação as posições divergentes sobre a imprescritibilidade ou prescritibilidade das pretensões coletivas, tomando-se partido a favor da prescrição, e a questão da contagem e fluência de prazos. Estudam-se depois o pedido na ação coletiva e sua interpretação, de lege lata e de lege.ferenda; o pedido de indenização por dano moral coletivo (outra questão controvertida e momentosa); o controle difuso da constitucional idade por intermédio da ação coletiva; a ação coletiva em matéria tributária e previdenciária; o abandono e a desistência do processo coletivo; a possibilidade de reconvenção; a dish·ibuição dinâmica do ônus da prova; a conciliação e a tutela de urgência nas causas coletivas; a litigância de má-fé e as despesas processuais e, finalmente, a atuação do M inistério Público nas ações coletivas e as questões atinentes aos recursos.

O décimo capítulo trata exaustivamente da coisa julgada, primeiro no processo individual e depois nos processos coletivos. Nestes, aborda-se a questão da coisa julgada na ação coletiva passiva, trazendo-se as soluções oferecidas de lege .ferenda.

Finalmente, o último capítulo trata da liquidação e execução da sentença coletiva, incluindo a análise de fundo de defesa dos direitos difusos. Também se examinam nes.se capítulo a questão da legitimação ativa para a execução da sentença genérica, a da execução coletiva fundada em título extrajudicial, a liquidação coletiva, aftuid recovery e, mais importante ainda, as inovações trazidas ao processo civil pela Lei n. 1 1 .232 de 2005 (lei do cumprimento da sentença).

Pode-se afirmar, sem temor de erro, que a obra agora apresentada constitui um notável e bem sucedido esforço no sentido da consolidação doutrinária em torno dos processos coletivos e de sua melhor compreensão e instrumentalização.

Tenho certeza absoluta do êxito deste trabalho junto aos operadores do direito em geral e aos especialistas da matéria, não descaitando sua utilidade em relação aos estudantes, sobretudo no que se refere aos trabalhos de conclusão de cursos.

Ada Pellegrini Grinover

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO COLETIVO

Sumário • 1 . Breve H istórico das Ações Colc1ivas: 1 . 1 . Generalidades; 1 .2. Clóvis Beviláqua: u m "réq11ie111 "

para as ações coletivas e para as tulelas adequadas aos direitos não-patrimoniais; 1 .3. Novas mudanças e os desdobramentos da alleração do paradigma individualista no Processo Civil Brasileiro: rumo ao processo (também) não-

patrimonial e à primazia da tutela específica - 2. A ação coletiva não é litisconsórcio multitudinário: a estrutura "molecular" do litígio - 3. Fundamentos sociológicos e políticos da ação coletiva - 4. O processo coletivo como espécie de "processo de interesse público" úJUblic laiv litigation) - 5. Conceito de processo coletivo de acordo com o direito brasileiro - 6. O microssistema processual coletivo e o papel do Código de Defesa do Consumidor: 6.1. Generalidades; 6.2. O CDC como um "Código de Processo Coletivo Brasileiro"; 6.3. O microssistema do processo coletivo - 7. Modelos de tutela jurisdicional dos direitos cole1ivos: 7 . 1 . Consideração inicial; 7.2. Modelo da Verbandsklage (tradicional da Europa-Continental); 7.3. Modelo das class actions (modelo norte-americano e brasileiro); 7.4. Universalização da experiência norte-americana e brasileira

- 8. Legislaçi1o e procedimenlos relacionados à tutela coletiva - 9. Projetos de Código Processual Coletivo e principais tendências do Direito Processual Coletivo: 9 . 1 . Projetos de Código de Processos Coletivos; 9.2. A lógica da nova codificação: platôs filosóficos, razão fraca e racionalidade jurídica; 9.3. Microssistemas e códigos: fàlsa incompatibilidade; 9.4. O contraditório como valor-fonte do Direito Processual e a necessidade de normas abertas no Código Processual Civil Coletivo.

1 . BREVE HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS

1 .1 . Generalidades

As ações coletivas são uma constante na história jurídica da humanidade, muito embora, assim como os demais ramos do direito, somente no último século tenham adquirido a configuração constitucional de direitos fundamentais que têm hoje (v.g. , art. 5°, inc. XXXV, LXX, LXXIIJ e 1 29, inc. I I T da CF/88).

O surg.imento das ações coletivas remonta a duas fontes principais.

Primeiro, e mais conhecido, o antecedente romano da ação popular em defesa das rei sacrae, rei publicae. Ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão do sentimento, do forte vinculo natural que o ligava aos bens públicos lato sensu, não só em razão da relação cidadão/bem público, mas também pela profunda noção de que a República pertencia ao cidadão romano, era seu dever defendê-la. Daí o brocardo "Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa" (interessa à República que sejam muitos os

defensores de sua causa).1 Essa percepção da coisa pública não nasce romana, tem origem grega e democrática, provocada a jurisdição a preocupação princ ipal voltava-se ao mérito da demanda.

1 . MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 3 ed. São Paulo: RT, 1998, cap. 2, p. 37-41 .

N

FREOIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Já as ações coletivas das "classes", antecedente mais próximo das atuais cfass actions norte-americanas e da evolução brasileira das ações coletivas disciplinadas no CDC, são existentes na prática judiciária anglo-saxã nos últimos oitocentos anos2. Mais modernamente o cerne do sistema, nestas ações, era a "adequada representação ", a ser aferida pelo magistrado. 3 A análise desses institutos evidencia que se centrou na legitimação processual o problema da tutela nas ações coletivas desta tradição.

Este quadro histórico não se mantém linear: muitas foram as oscilações políticas e filosóficas na história do processo civil. O diJeito ao processo, como conhecemos hoje, foi fortemente influenciado pelo Liberalismo e pelo i luminismo. A partir do século XVII, com a difusão do método cartesiano e da lógica ramista na Europa continental, foi cristalizada a idéia da propriedade individual, da autonomia da vontade e do direito de agir como atributos exclusivos do titular do direito privado, único soberano sobre o próprio destino do direito subjetivo individual (base de todo o sistema). Só ao titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda. Era o início dos Estados-Nação, da vinculação da jurisdição à soberania estatal e da futura "Era dos Códigos". Neste projeto jurídico não havia mais espaço para o direito da coletividade no sistema, as preocupações sistemáticas voltavam-se apenas para o indivíduo, a formação de sua personalidade jurídica, seus bens, suas relações familiares e a sucessão patrimonial.

Vejamos com mais detalhes o tema, no próximo item.

1 .2. Clóvis Beviláqua: um "réquiem" para as ações coletivas e para as tutelas adequadas aos direitos não-patrimoniais

Como uma missa dos mortos encomendada para as tutelas coletivas, em 1 9 1 6, com o Código Civil de Beviláqua, o iluminismo que fomentou a "Era dos 2. YEAZELL, Stephen C. From medievo/ group litigatio11 to tlze modem c/ass actio11. ew Haven and London: Yale University Press, 1987, p. 2 1 : "group litigation bas existed for at least eigbt hundred years, and tbis study explicates both the antiquity and the novelty of representative litigation". O importante no estudo desse tema é a verificação feita pelo autor de que para as cortes medievais

não era relevante discutir as circunstâncias da representação (quem poderia representar o gmpo e em que condições), isso por si só já ressalta a grande diferença do contexto social em que se dava a prática das c/ass actions no periodo medieval. Cf., a propósito, LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações coletivas: hisrória, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. J 3, nota 2. O surgimento das ações coletivas se deu no seio da Equity do direito inglês, mas seu mais importante desenvolvimeoto foi nos EUA. Para referências bibliográficas sobre o histórico dessas ações, cf.

GrDI, Antonio. Las occiones colectiv'IS y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: um modelo pra países de dereclzo civil, pg. 17; GIDI, Antonio. A c/ass acrion como i11slr11men/o de controle de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspecliva co111parada. São Paulo: RT, 2007.

3. LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações coletivas: história, teoria e prática, passi111, entende que os antecedentes romanos não se comunicam com as atuais ações coletivas. O autor acha mais pertinente a ligação com o direito anglo-americano. Faz, ainda, a ressalva de que alguns autores vêem apenas na Bill o/ Peace, séc.

XVII, o antecedente lógico da elas:, acrio11.

Códigos" chega ao Brasil: a partir daí, o Brasil adquire sua independência jurídica de Portugal.4

Pela primeira vez temos um diploma legal profundamente comprometido com a completude e com a exclusividade. O Código representava o rompimento com o passado e deveria regular todas as relações jurídicas de direito privado civil, não admitindo que nenhum outro diploma interferisse nessa regulação.5

Com grande percuciência na análise e profunda pesquisa histórica salienta Rodrigo Mazzei um aspecto fundamental da nossa evolução jurídica nas tutelas coletivas. Propugna e demonstra que o art. 76 do Código Civil de 1 9 1 6 foi geneticamente projetado por Clóvis Beviláqua para a limpeza do sistema, quer dizer, pensado para afastar do direito civil do Código, marcadamente individualista, centrado no proprietário e na autonomia da vontade do cidadão, qualquer possibilidade de abertura para as tutelas coletivas. Ou seja: "segundo as próprias palavras do condutor daquela codificação (de índole individualista), teve a intenção de extinguir as ações populares que remanesciam no nosso sistema jurídico, a partir do direito romano".6

Eis o texto do art. 76 do CC- l 9 l 6: "Para propor, ou contestar urna ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único - O interesse moral só autoriza a ação quando toque direlamenle ao au/01; ou à sua família."

O objetivo do legislador era purificar o sistema, nada mais natural em codificações fechadas. Retirar do sistema todos os ternas que pudessem manter uma indesejável característica "pública", de direito público, como foi explicitamente reconhecido pelo próprio mentor intelectual do Código de 1 9 1 6 ao referir sobre o artigo em comento:

"Outra controvérsia, a que pôs termo, foi a referente à persistência das ações populares, que, no direito romano, tinham por objeto a defesa dos bens públicos. Na organização jurídica moderna, os atos que davam causa às ações populares, passaram a constituir crimes reprimidos pelo Código Penal, sendo a matéria, ora de leis de polícia, ora de posturas municipais, e algumas vezes, ofensas a direitos individuais".1-s 4. MARTINS-COSTA, Judith. li boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 2000, p. 244-245.

5. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé 110 direito privado, p. 179.

6. MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva, no prelo.

7. BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1 1 ed. atual. por Achilles Bevilaqua e !saias Bevilaqua. São Paulo: Livraria Francisco Alves, v. l , 1956, p. 257. Também citado por MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva, no prelo.

8. Vale ainda mais urna transcrição da contribuição de Mazzei: "]{1 como novo quadro legal, gerado pela Constituição Federal de 1 934 (que expressamente tratou da ação popular), Clóvis Beviláqua fez considerações sobre a iníluência daquela Carta Magna n a codificação de 1916, devendo se destacar no detalhe que interessa: 'A theoria e a classiricação dos bens foram, ao de leve, attingidas pela Constituição, o que melhor se apreciará ao tratarmos do direito das coisas. No livro referente aos factos jurídicos, surgem as ações populares, que não tiveram entrada na codificação civil, após detido exame da sua desnecessidade. 'Qual-27



Com isto foram atingidas nã.o só a ação popular como conhecemos hoje, mas todas as demais tutelas coletivas, todo o gênero das demandas em que o titular do direito material não fosse um indivíduo concretamente identificado, já que suprimidas foram quaisquer tutelas cíveis de interesses coletivos (não individuais).9 Ora, somente na Constituição de 1934, pela primeira vez tivemos a expressa menção às ações populares. Até aquele momento histórico o instituto havia sido eficazmente suprimido do direito pátrio em prol de uma duvidosa pureza do sistema do direito civil.'º

Por outro lado, o art. 75 do CC- 1 9 1 6 determinava: "a todo direito [individual]

corresponde uma ação que o assegura". Tal dispositivo, que pode ser lido como imanentista (SAVIGNY) ou concretista (WACH), pretendia fixar a relação entre a lesão e o direito de ação, impedindo a adequação e a efetividade da tutela jurisdicional. A sua característica individualista está bem marcada na lição de Pontes de Miranda:

"Direito individual está, aí, pelo que pode ser res in iudicium deducta. Dada a existência do art. 75 do Código Civil, que fez corresponder ação a todo direito, a acionabilidade processual dos direitos individuais está assegurada constitucionalmente, não só in abstracto, como em termos de garantia de status quo ".11

Atualmente, vale frisar, a norma constitucional que garante o acesso à Justi

ça garante-o tanto aos direitos individuais como aos coletivos, basta fazer uma interpretação literal do título do capítulo em que está inserido o dispositivo: quer, cidadão determina o artigo 1 1 3 n• 38 da Constituição, será parte legitima para pleitear a declaração de nulidade ou annullação dos actos lesivos do patrimonio da Unjão, dos Estados ou dos Municípios'.

Sem negar o caracter democratico dessa ressureição, receio que nos venham dahi inconvenientes, que a bôa organização do Ministério Público evita. Para, funcções dessa classe, a sociedade possue orgãos adequados, que melhor as desempenham do que qualquer do povo' (A Constituição e o Código Civil, in Opusculos, Rio de Janeiro: Pongelli, 1940, v. 2, p. 32-33)." Esta pesquisa levada a cabo pelo jurista capixaba denota o ambiente cultural e o amadurecimento do pensamento de Clóvis Beviláqua, basta lembrar que, com o advento das demais

ações coletivas no sistema o Ministério Público passou a exercer papel de destaque, justamente porque no Brasil a legitimação para a ação popular causou muitas experiências negativas (vinditas políticas) e foi fortemenlc criticada na doutrina.

9. Não se tratava, portanto, apenas de açfto contra o poder público ou para anular aio do poder público, as ações populares na época serviam em gênero para a "conservação e defesa das coisas públicas" (João Mendes Júnior). Sobre o Lema, com indicação das ações que eram ajuizadas, cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular, p. 49-50.

10. Sobre os amccedentes nacionais da ação popular antes da Constituição de 1934 e seu histórico no direito brasileiro conferir o imprescindível trabalho de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular, 3. ed.

São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 48-55. Do autor transcrevemos a observação que corrobora o que foi afirmado acima: "É digna de nota a circunstância de que o advento do Código Civil, em 1 9 1 6, propiciou um certo consenso doutrinário e até jurisprudencial, no sentido de que seu art. 76 teria ab-rogado de vez os últimos vestígios da ação popular, na medida em que condicionava o exercício do direito de ação à existência de um "legitimo interesse econômico, ou moral". (Idem, p. 50). Frisamos, interesse do tin1lar do direito ou de sua família.

1 1 . M 1 RANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Co11sti111ição de 1967, t. 5, p. 107.

"direitos e deveres individuais e coletivos". Daí que a fórmula correta, que expressa toda a intenção da verba constitucional, pode ser traduzida em: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou afirmação de Lesão a direito individual ou coletivo (art. 5°, X.X.XV da CF/88). Não só direito individual e não só uma ação para cada direito, mas direitos coletivos e todas as ações cabíveis para assegurar a sua adequada e efetiva tutela.

A redação do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e do

art. 82 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741 /2003), entre outros novos diplomas legais, evidencia e confirma essa leitura, porque, ao contrário do que estabelecia o art. 75 do antigo Código Civil de 1 9 1 6 (não repetido no CC-2002), determinam cabíveis todas as espécies de ações (tutelas jurisdicionais processuais) capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos afirmados perante o Judiciário.

Queremos dizer: de uma mesma situação de direito material afirmada surgem diversas tutelas judiciais possíveis como corolário desta orientação, ou seja, a ação não é mais "uma" ou "una". Ao contrário, antes traduz sua potencialidade em diversas eficácias voltadas à efetividade da tutela jurisdicional. Daí ser possível ajuizar, partindo do mesmo fato, da mesma lesão ao direito abstratamente considerado: uma ação civil pública para tutela de um direito difuso, coletivo stricto sensu ou individual homogêneo,12 pleiteando, conforme o caso, a condenação genérica, uma tutela específica para retomar as coisas ao estado anterior (mandamental ou executiva) ou, ainda, o dano moral decorrente da lesão aos interesses da coletividade.13

O que importa é que a tutela seja adequada a realizar o direito afirmado e dar azo à efetividade da pretensão processual levada à juízo.

1 .3. Novas mudanças e os desdobramentos da alteração do paradigma individualista no Processo Civil BrasiJeiro: rumo ao processo (também) não

-patrimonial e à primazia da tutela específica

No Brasil, as ações coletivas (re)surgiram por influência direta dos estudos dos processualistas italianos na década de setenta. Muito embora as ações coletivas não se tenham desenvolvido nos países europeus, os congressos, os artigos 12. Esta, aliás, é uma lição que aos poucos começa a ficar antiga em tema de ações coletivas. Para as referências bibliográficas cf. ZANETI JR, Hermes. Mandado de segurança coletivo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 200 1 .

1 3 . Neste sentido, afirma Alvaro d e Oliveira, precursor d a orientação aqui esposada: "(. . .) a eficácia s e apresenta apenas como urna forma de rutela jurisdicional, outorgada a quem tenha razão, seja o autor, seja o réu (sentença declaratória negativa) .. . a distinção entre as diversas espécies de tutela jurisdicional não é arbitrária" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da senlença, p. 443).

S

.

jurídicos e os livros publicados naquela época forneceram elementos teóricos para a criação das ações coletivas brasileiras e até mesmo para a identificação

das ações coletivas já operante entre nós (v.g., a ação popular prevista na Lei nº 4.7 1 7/1 965). Havia no Brasil um ambiente propício para a tutela dos novos direitos, vivíamos a redemocratização e a valorização da ativ.idade do Ministério Público nos pleitos cíveis.14

Neste quadro o papel da doutrina foi fundamental, sem o ativismo de gigantes do direito processual brasileiro como Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz Oliveira Junior o desenvolvimento dos processos coletivos no Brasil teria o mesmo resultado que as tentativas européias, um sonoro desinteresse do legislador.15 Trabalhos doutTinários posteriores também se mostraram indispensáveis ao desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no país, como é o caso das obras de Antonio Gidi, principalmente o estudo sobre a litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas, amplamente citado neste Curso (um clássico da doutrina brasileira), Nelson Nery Jr. (Comentários ao CPC

e ao CDC) e Aluisio Mendes (Ações coletivas no direito comparado).

Em certa medida, é importante que se diga, o papel da doutrina processual coletiva no Brasil foi facilitado pela tradição jurídica portuguesa medieval que herdamos das Ordenações do Reino. Trata-se do chamado "bartolismo". Este conceito expressa a nossa predisposição para a aceitação da "boa razão" dos povos civilizados, na busca de meU1or solver as questões jurídicas, tanto com importação doutrinária, quanto com transplante legislativo de nonnas alienigenas16•

Daí ser correta a expressão proposta por Antonio Gidi para a recepção das class actions norte-americanas no nosso direito processual, trata-se de um: "transplante responsável".17

14. A importância do Ministério Público para as ações coletivas brasileiras está para além dos resultados práticos obtidos: muitos juristas se especializaram na tutela coletiva como membros da instituição e retomaram a sociedade as noções ali desenvolvidas. O projeto de lei que originou a ACP foi fortemente influenciado por esta escola de profissionais, entre os mais destacados devemos indicar Nelson Nery Jr., Édis Milaré, Herman Vasconcelos Benjamin, Hugo igro Mazzilli, Paulo Cczar Pinheiro Carneiro, entre outros.

1 5. Como atesta Antonio Gidi: "En contraste, em Itália el movimiento fue

rechazado como una curiosidad excéntrica de académicos 'izquierdistJs', y perdió su oporrunidad". (GIDI, Antônio. Las acciones colectivas, p . 19) Confira-se as extensas notas de pesquisa do autor sobre os atuais desdobramentos dos direitos coletivos na Europa. Sobre direito coletivo comparado cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas 110 direito comparado e 11ac1onal. São Paulo: RT, 2002. e GLDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). Processos colectivos: la tutela de los derec/10s difusos, colectivos e individuales em uma perspectiva comparada. México: Porrúa, 2003.

16. Sobre banolismo na tradição processual brasileira cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. "lstituti dei diritto comune ncl processo civile brasiliano" ln: Enrico Tullio Liebman. Problemi dei processo civile. Milano: Morano, 1 962. p. 490-516. Ver ainda: MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direi10 privado. São Paulo: RT, 2000.

17. Significa dizer, "La experiencia bras1leila ha demostrado que los países de derecho civil pueden emplear 30

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO COLETIVO

Vale a pena confrontar a brilhante síntese da doutrina: "en los países de derecho civil (civil law tradition) las acciones colectivas son de reciente desarollo. La acción colectiva brasilefía tiene sus orígines en los estudios académicos realizados en ltalia en la década de los setenta, cuando un grupo de profesores italianos estudiaron las acciones colectivas norteamericanas y publicaroo

artículos y libros sobre el tema.

Los trabajos italianos de maior influencia en Brasil fueron escritos por Mauro Cappelletti, Michele Taruffo y Vicenzo Vigorili. Este movimiento académico italiano fue calurosamente recebido en Brasil por importantes juristas. Poco tieropo después, José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover y Waldemar Mariz Oliveira Junior, tres de los más distinguidos juristas brasilefíos, publicaron importantes artículos sobre las acciones coleclivas". 18

Estes textos são: "/ limili soggelfivi dei giudicato e le class actions", publicado ainda em 1 969 por Michele Tarnffo (RDP, nº 24); "Formazioni sociali e interesse di gruppo davanti alia giustizia civile", publicado em 1 975 por Mauro Cappelletti que posteriormente difundiu mundialmente o tema como a segunda onda de acesso à Justiça no clássico "The Florence Access-to-Justice Project", escrito em conjunto com pesquisadores colaboradores de todo o mundo que teve versão para o português do seu "relatório geral" publicada no Brasil pela prestigiosa casa editorial Sergio Antonio Fabris em trndução da M in. Ellen Gracie Northfleet (STF); "Interessi coletivi e processo: la legitimazione ad agire", monografia publicada em 1979 por Vícenzo Vigoriti.

No Brasil os três ensaios seminais são: "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos", publicado em 1 977, por José Carlos Barbosa Moreira; "A tutela jurisdicional dos interesses difusos", publicado em 1 979 por Ada Pellegrini Grinover; "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos", publicado ainda em 1 978 por Waldemar Mariz de Oliveira Junior.

Ora, a revolução processual provocada pelas tutelas coletivas só foi possível no Brasil em razão das aptidões culturais e do contexto histórico em que estava emergente o Estado Democrático Constitucional de 1 988, consolidado na Caita Cidadã. Esta pequena exposição leva à percepção de que o processo, assim como o direito, tem uma conformação histórica.

el procedirniento de las acciones colectivas, pero no pueden trasplantar el modelo nortearnericano a sus sistemas jurídicos sin urna sustancial adaptación". G!Dl, Antônio. las acciones colectivas, p. 3. Ern outra perspectiva o que se trata é do estudo das recepções jurídicas dos institutos estrangeiros em nosso ordenamento jurídico. Cf. HÁBERLE, Peter. "Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica."

Trad. Ernilio M. Franco. ln: PÉREZ LuNO, Antonio-Enrique (coord.). Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio. Madrid: Marcial Pons, 1996; ZANETl JR, Hermes. A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e politico do direito processual civil brasileiro no estado democrático constitucional. Tese de Doutorado, UFRGS, novembro 2005, orientador Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Neste último escrito o tema é tratado ern profundidade procurando demonstrar como se deu a recepção do modelo processual norte-americano de processo constitucional em nosso ordenamento e seus desdobramentos com a adoção da jurisprudência vinculante do STF.

18. GIDI, Antonio. las acciones colectivas y la 1111ela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: 11111 modelo pra países de derecho civil. Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2004. p. 17-18. No original: GIDI, Antonio. "Class actions in Brazil - a rnodel for civil law countries". The American Jouma/ o/ Comparative la1v, vol. LI, nº 2, p. 3 1 1 -408, Spring 2003.

FREDIE DtDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Nos parágrafos seguintes, apresentar-se-á uma visão geral sobre o desenvolvimento e a alteração dos paradigmas processuais individualistas, fenômeno que possibilitou a tutela jurisdicional ampla de direitos novos e de novas situações jurídicas, criadas pela evolução tecnológica, social e cultural das sociedades contemporâneas.19

2. A AÇÃO COLETIVA NÃO É L JTISCONSÓRCIO M U LTITUDINÁRIO:

A ESTRUTURA "MOLECULAR" DO LITÍGIO

O processo civil brasileiro tem a ação individual como centro e base de todo o sistema; somente ao titular do direito é permitido "pleitear" seu cumprimento por via da ação (art. 6° do CPC). Tal situação denuncia o viés privatista do sistema processual. Cândido Dinamarca reforça essa convicção, quando critica a jurisdição como atividade "substitutiva" e expõe que o processo, estando-supostamente - a

" . . . serviço do autor e dos direitos", na verdade se vincula à idéia imanentista " . . .

como se toda pretensão deduzida em juízo fosse procedente e fosse uma verdade à invariável presença da lesão, como requisito para o interesse de agir".2º Embora, como vimos, o Código de 1 9 1 6 estivesse muito próximo das teorias imanentista e concretista da ação, atualmente elas se apresentam completamente superadas, tendo vencido com vantagem a teoria da ação processual abstrata, pondo ponto fi.nal na polêmica, pela concepção da ação processual como direito abstrato de ação.21

As características de nosso "arquetípico" processo civil individual (de tradição romano-germânica) foram bem identificadas no estudo comparativo de Antonio Gidi:

"O processo civil nas famílias de direito civil é um sistema rígido e fonnalista. As regras processuais estão escritas com rigoroso detalhe, abrindo pouco espaço para 19. As novas realidades dos direitos difusos, coletivos stricto se11s11 e "individuais homogêneos", já foram questionadas, há muito, pela doutrina européia de que é expoente o pensamento de Cappelletti ao perguntar: "Teriam os grupos intermediários acesso à justiça? . . . para o processualista . . . liberdade fundamental por excelência". Tal assertiva está no clássico estudo onde Cappelletti aponta a atualidade das "violações de massa" e a insuficiência de uma rutela meramente individual para solucionar o problema da denegação de justiça surgido com as "sociedades complexas". (Cf. CAPPELLETII, Mauro. Formações sociais e illleresses coletivos diante da justiça civil. p. 1 28).

20. DINAMARCO, Cândido, A i11st111111entalidade do processo, p. 46.

2 1 . Assim entende Fazzalari, entre outros, que afirma: "Quanto all'azione, risulta infine superata la colllrapposizione concretezza-astrauezza cosi a lungo

vissuta in ordine all'azione cognil"iva. Ormai si prende atto ch'essa prescinde dall'e!Tettiva esistenza e titolarità dei diritto . . . ". FAZZALARI, Elio. "La dottrina processualistica italiana: dall'azione ai processo (1 864-1 994)." Rivista di Dirillo Processuale, v.60, nº 4, p. 9 1 1-925, ou./ dic. 1994. Confira-se a excelente coletânea de trabalhos sobre a polêmica revisitada, recuperando e avançando sobre os trabalhos clássicos de Windsheid e Müther, com textos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Ovídio Araújo B. da Silva, Luiz Guilherme Marinoni e outros destacados juristas da nova geração de proccssualistas gaúchos, cf. AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). Polêmicas sobre a ação: a /utelajurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

a discricionariedade judicial em matéria processual. Se e1)tende que os Códigos são coerentes e exaustivos, as sentenças dos tribunais elaboradas com estrita referência às regras e aos princípios, sem levar em conta considerações políticas e 'valores externos', os quais são deixados ao legislador. Como resultado, a lei é relativamente simples e direta, deixando pouco espaço para os precedentes judiciais".

"Deste quadro resulta que: ' A sociedade brasileira não é muito litigiosa,

simplesmente porque perdeu a esperança no sistema jurídico'".22

Em verdade este quadro é substancialmente correto, apenas frisamos que hoje já se apresentam notáveis exceções, justamente em função do movimento provocado pelas ações coletivas e pelos novos direitos conectados ao texto constitucional. Trata-se da passagem dinâmica, com marchas e contramarchas, do momento anterior (paradigma l iberal - ciência jurídica normal), para o momento atual (paradigma do Estado Democrático Constitucional - ciência jmídica

"revolucionária").23 O desenvolvimento dos Juizados Especiais, que incentivam o litígio, e a elaboração de textos normativos com conceitos vagos, como os conceitos juridicamente indeterminados e as cláusulas gerais, também serve como contraponto ao quadro apresentado por Antonio Gidi.

Junto a essa transfom1ação, de uma postura individualista e técnica para uma postura totalizante na percepção e tratamento dos conftitos, aparece a summa divisio existente entre direito público e privado como elemento relativizado, pois tende o direito à publicização, assente a preocupação com o desenvolvimento da pessoa humana, da cidadania e dos direitos sociais e coletivos; e, superada a idéia (pelo menos quanto à ciência jurídica) do Estado laissezfaire, laissezpasser, que tudo permitia, afastando-se a concepção liberal fundada na autonomia "absoluta" da vontade.

É necessário, po1ianto, "superar o rígido dualismo entre Estado e indivíduo"

atuando-se para obter a relativização da "oposição entre o interesse individual privado e o interesse público." Isso ocorre principalmente porque a "tradicional dicotomia público-privado" não subsiste às realidades de uma "sociedade de massa", que, por suas relações, provoca situações de "litígios ou litigiosidade de massa" forçando o "alargamento e invocação de novos instrumentos, novos 22. G!Dl, Antonio, Las acciones colectivas, p. 09-1 1 (tradução livre). Para um estudo do direito comparado nos sistemas de civil-law (romano-germânico) e common-law sugere-se dois textos fundamentais: MER

RYMAN, John Henry. La tradiciónjuridica romano-canonica. Tradução Eduardo L. Suárez. 2' ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1 989; DAMASKA, Mi1jan R. Thefaces o/justice andstate aulhority: a comparative approach lo lhe legal process. New HavenlLondon: Yale University Press, 1 986.

23. Sobre os modelos paradigmáticos e a revolução científica cf. KUHN, Thomas S. Estrutura das revoluções cienlíjicas, 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000; sobre a mudança de paradigma no processo civil brasileiro conferir ZANETl JR., Hermes. A constilucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político do direito processual civil brasileiro no estado democrático constitucional. Tese de Doutorado, UFRGS, novembro 2005, orientador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

conceitos e novas estruturas" para atender às novas conformações exigidas e oferecer uma tutela adequada às novas situações e direitos.24

Reconhece-se, da mesma forma, que o direito tende à universalização em todas as áreas, e que o Estado passa a interferir na regulação das relações entre os indivíduos, valorizando a preocupação social e, como decon-ência, abandonando as "soluções marcadamente privatistas, que o direito moderno herdou do romano através dos tempos." 25

.

Essa mudança de visão fez com que fossem percebidos os defeitos ou dificuldades; melhor dizendo, os limites de aplicação de determinados dogmas processuais às s ituações de direitos com titulares indeterminados e de "litigiosidade de massa",26 principalmente àquelas em que apenas um legitimado move ação em beneficio de um todo coletivo, dete1minado ou não (ações coletivas).

O problema em relação aos direitos coletivos se coloca no confronto entre a posição de tratamento atomizado (tratar o conflito como se fosse um átomo), disposta no artigo 6° do CPC como "técnica de fragmentação dos conflitos" e os textos integrados do CDC e da LACP que impõem um tratamento "molecular"

aos conflitos coletivos lato sensu.21

Devemos precisar as noções para não gerar confusão.

O exercício conjunto da ação por pessoas distintas não configura uma ação coletiva. O cúmulo de diversos sujeitos em um dos pólos da relação processual apenas daria lugar a um litisconsórcio, figura já antiga na processualística romano-germânica.28 O litisconsórcio representa apenas, na disciplina originalmente prevista pelo CPC (arts. 46-49), a possibilidade de união de litigantes, ativa ou passivamente, na defesa de seus direitos subjetivos individuais. O juiz poderá inclusive fragmentar ou fracionar este litisconsórcio (quando facultativo simples), limitando-o quanto ao número de litigantes, desde que se apresente o comprometimento da rápida solução do litígio ou dificuldade

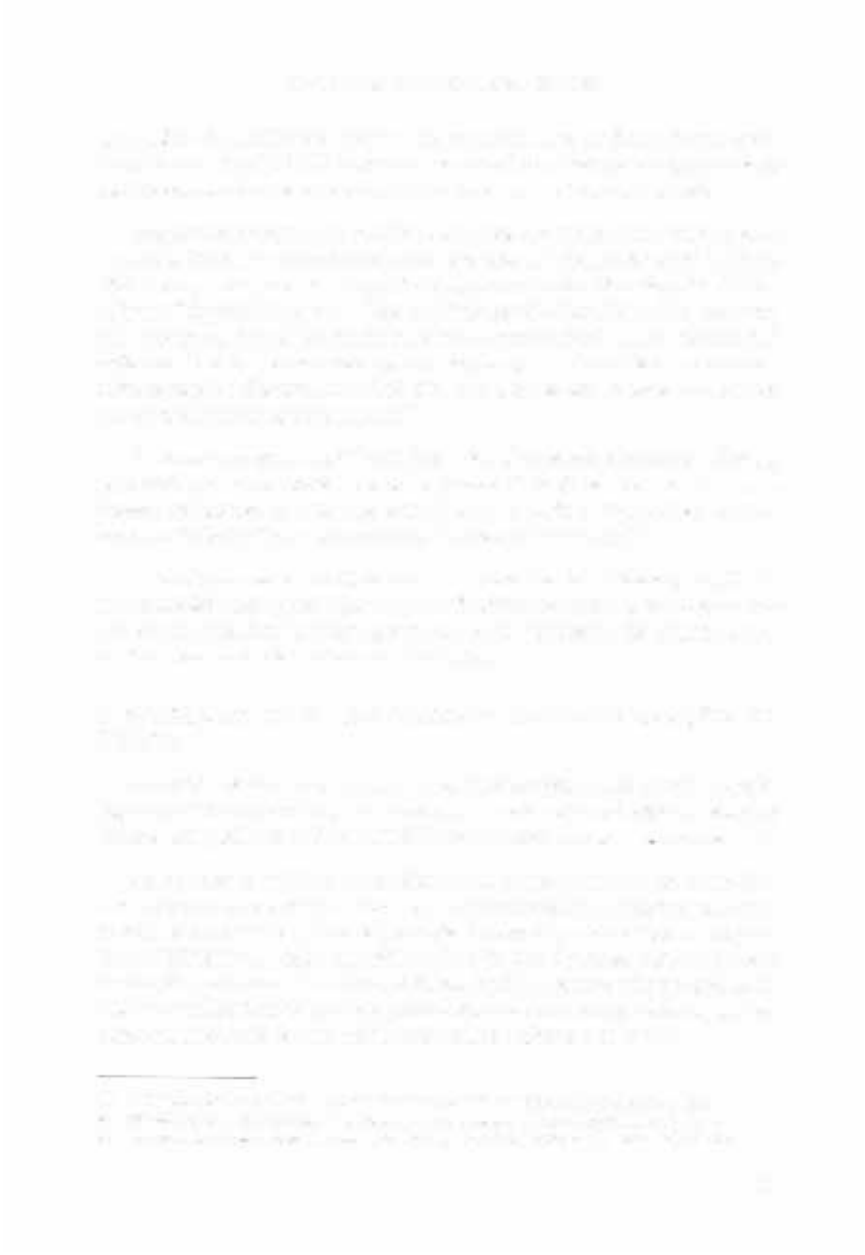
na defesa (em uma espécie brasileira de controle 24. Cf. OUVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "A ação coleliva de responsabilidade civil e seu alcance." ln: SITIAR, Carlos Alberto (coord.). Responsabilidade civil por danos a co11S11111idores. São Paulo: Saraiva, 1992, p 88.

25. DTNAMARCO, Cândido, A instrumenta/idade do processo, p. 5 1 , nota nº 17.

26. OLIVEIRA, Carlos Alberto AI varo de. "A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance." ln: BITIAR, Carlos Alberto (coord.). Responsabilidade civil por danos a consumidores. São Paulo: Saraiva, 1992. p 88.

27. Cf. WATANABE, Kazuo. "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1992, nº 67, p. 15.

28. MOREIRA, José Carlos Barbosa. ·'Ações coletivas na Constituição Federal de 1988". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1991, nº 6 1 , p. 187.



ope judieis da estabilidade subjetiva da demanda), tudo na forma do parágrafo único do art. 46 do CPC. O objetivo deste controle é evitar que um litisconsórcio multitudinário dificulte o andamento do processo ou a elaboração da defesa.

A ação coletiva surge, por outro lado, em razão de uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita da tutela para solver o litígio.

Verifica-se, assim, que não é significativa, para esta classificação, a "estrutura

subjetiva" do processo, e, sim, a "matéria litigiosa nele discutida". Por isso mesmo, pelo menos em termos de direito brasileiro, a peculiaridade mais marcante nas ações coletivas é a de que existe a permissão para que, embora interessando a uma série de sujeitos distintos, identificáveis ou não, possa ser ajuizada e conduzida por iniciativa de uma única pessoa.29

Isso ocorre porque a matéria litigiosa veiculada nas ações coletivas refere-se, geralmente, a novos direitos e a novas formas de lesão que têm uma natureza comum ou nascem de situações arquetípicas, levando a h·ansposição de uma estrutura "atômica" para uma estrutura "molecular" do litígio.30

O diTeito processual civil, frente a essa nova matéria litigiosa, surgida de uma sociedade alterada em suas estruturas fundamentais (com cada vez um maior número de situações "padrão", que geram lesões "padrão"), foi forçado a urna mudança na sua tradicional ótica individualista.

3. FUNDAMENTOS SOCIOLÓG l COS E POLÍTICOS DA AÇÃO CO LETIVA

As ações coletivas têm, em geral, duas justificativas atuais de ordem sociológica e política: a primeira, mais abrangente, revela-se no princípio do acesso à Justiça; a segunda, de política judiciária, no princípio da economia processua/.31

As motivações políticas mais salientes são a redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; a w1iformização dos julgamentos, com a conseqüente harmonização social, evitação de decisões contraditórias e aumento de credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário como instituição republicana. Outra conseqüência benéfica para as relações sociais é a maior previsibilidade e segurança jurídica decorrente do atingimento das pretensões constitucionais de uma Justiça mais célere e efetiva (EC 45/04).

29. MOREIRA, José Carlos Barbosa, Ações coletivas na constituição federal de 1988, cit., p. 1 87.

30. WATANABE, Kazuo, Demandas coletivas e problemas emergentes da práxis forense, cit.,. p. 1 5.

3 1 . Estes princípios serão explorados com mais vagar no capítulo sobre os princípios da tutela coletiva.



FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

As motivações sociológicas podem ser verificadas e identificadas no aumento das "demandas de massa" instigando uma "litigiosidade de massa", que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. A constitucionalização dos direitos e os

movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais (como direitos humanos constitucionalizados). pa1tindo dos primeiros documentos internacionais resultantes do fi m da I I Guerra Mundial, levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo urna nova postura da sociedade em relação aos direitos. A visão dos destinatários das normas jurídicas e do aparelho judicial e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário.

Para tutelar efetivamente os "consumidores" do direito, as demandas individuais não faziam mais frente a nova realidade complexa da sociedade.

Esses argumentos, contudo, embora justifiquem a preocupação atual com os processos coletivos, são insuficientes para demonstrar qualquer caminho quanto às questões principais de "quem" é o titular do direito e de "como " se dará a

"adequada representação " processual (legitimação ativa e, mais modernamente, passiva) desses novos direitos e conflitos de massa, assim como não respondem à questão de "quem" e em que grau será atingido pela imutabilidade e indiscutibilidade aderente à sentença, com o advento da coisajulgada.32

Posto o problema, resta à dogmática33 conferir racionalidade e preparar o sistema jurídico para responder adequada e tecnicamente à demanda social e política.

Antes de definir estas questões dogmáticas precisamos indicar qual o caminho para a sua adequada formulação, apontando os elementos que entendemos deverão compor o conceito de processo coletivo. O primeiro desses elementos é a

"litigação de interesse público".

32. LEAL faz acurada crítica à doutrina quando expõe que, "Portanto os argumentos do Acesso à Justiça e da economia processual fundamentam a ação coletiva sob o viés sociológico e político, mas não apresentam razões que expliquem o seu modelo processual, basicamente constituído de um mecanismo de representa

ção de direitos alheios e possibilitador da extensão da coisa julgada a terceiros. Além disso, essa estmtura elas ações coletivas existe em condições bem distintas da chamada 'sociedade de massas' demonstrando o equívoco teórico em associar

o fenômeno contemporâneo ao surgimento das ações para proteção de direitos meta-individuais." Cf. LEAL, Márcio Mafra. Ações coletivas: história teoria e prática, p.21 .

33. No sentido que expõe FERRAZ JR., "A dogmática a11alí1ica, com toda a sua aparelhagem conceituai, é um ins1rume1110 capaz de proporcionar uma congruência dinâmica enlre os mecanismos de controle social, como normas. valores. inslituições. Daí a írnportância da noção ele sistema. Este não é consti111ído pela própria dogmática, mas por ela regulado. Sua função é, pois, regulativa, não constitutiva. O que constitui o sistema é o comportamento social que exige e es tabelece nom1as, institucionaliza procedimentos, marca ideologicamente seus valores, desenvolve regras estmturais etc. Cumpre à dogmática conferir-lhe 11111 mínimo de coerência e razoabilidade para que se p[illegible]ssa dominá-lo e exercitá-lo 1ec11icame111e." (FERRAZ JÚNlOR, Tércio Sampaío.

Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão. dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 252-253).

INTRODUÇf\O AO ESTUDO DO PROCESSO COLETIVO

4. O PROCESSO COLETIVO COMO ESPÉCIE DE "PROCESSO DE I NTERESSE PÚBLICO" (PUBLIC LAW LITIGATION)

N a "nossa tradição jurídica atual o processo é um veículo para ajustar disputas entre partes privadas a respeito de direitos privados", com essas palavras Abram Chayes, professor da Universidade de Harvard, inicia o desenho de um novo

modelo de l itigação:34 a litigação de interesse público (public law litigation).35

Os processos coletivos servem à "litigação de interesse público"; 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, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dos habituais pólos destas demandas, credor/devedor).

Melhor dizendo, não i nteresses "minoritários", mas sim i nteresses e direitos

"marginalizados", j á que muitas vezes estes estão representados em número infinitamente superior aos interesses ditos "majoritários" na sociedade, embora não tenham voz, nem vez.36

Não nos referimos, assim, ao caráter eminentemente público, aliás insuprimível, do próprio direito processual civil como instrumento de atuação da vontade 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. Queremos ir além: a defesa do interesse público primário através dos litígios cíveis, inclusive na atuação de controle e realização de políticas públicas através desta "litigação".

Como ficou bem marcado pela melhor douh·ina de direito administrativo, interesse público verdadeiro é o interesse primário, de acordo com o qual deverão atuar 34. Utilizamos a expressão "litigação" no mesmo sentido sugerido 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).

35. CHAVES, 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.

36. Este é o sentido "amplo" de litigação de interesse público bem identificado por SALLES, Carlos Alberto de. "Processo civil de interesse público". ln: 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.

37

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, seu legitimador e fundamento constitutivo. Transcrevendo a leitura de Renato Alessi (Sistema fstituzionale dei Diritto Amnistrativo 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, patrimon iais, 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".37

Essa perspectiva ampla inclui os diJeitos 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 pátrio e da norma constitucional.

O Supremo Tribunal Federal tem permitido, em situações de extremada necessidade, a implementação de políticas públicas mediante intervenção do próprio Poder Judiciário:

Boletim Informativo do STF nº 41 O (RE-436996): "Educação Infantil. Atendimento em Creche. Dever Constitucional do Poder Público. A Turma manteve decisão monocrática do Min. Celso de Mello, relator, que dera provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado-membro que, em ação civil pública, afumara que a matrícula de criança em creche municipal seria ato discricionário da Administração Pública - v. Informativo 407. Tendo em conta que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível (CF, art. 208, fV), asseverou-se que essa não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental . Entendeu-se que os Municípios, atuando prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 2 1 1 , §

2°), não poderão eximir-se do mandamento constitucional disposto no aludido art. 208, rv, cuja eficácia não deve ser comprometida por juízo 37. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito ad111i11istra1ivo, 15. cd. São Paulo: Malheiros, p.

603. Cf., no original, ALESSI, Renato. Sislema is1i111zionale dei diri//o a111111i11istratirn ilaliano. Milano: Giu!Trê, 1953. p. 148-155. O STF tem reconhecido essa distinção fundamental (cf. RE 393175/RS, Rei.

Min. Celso de Mello, Brasília, lº. de fevereiro de 2006, Boletim Informativo nº 414).

de simples conveniência ou de mera oportunidade. Por fim, ressaltou-se a possibilidade de o Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos políticos-jurídicos, de modo a comprometei; com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. R E 436996 AgR/SP, rei. Min.

Celso de Mello, 22. 1 1 .2005".38

No mesmo sentido é a j urisprudência do STJ:

"STJ - PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL VfOLAÇÃO DO ART.

535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMEN

TO DE PILHAS PARA O FUNCIONAMENTO DE APARELHOS AUDITIVOS

EM FAVOR DE MENOR. SAÚDE. D I REITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL.

A RT. 227 D A CF/88. LEGlTJMAT!OAD CA USAMDO PARQUET. A RT. 127 DA CF/88. ARTS. 7°, 200 e 20 1 DO DA LEI Nº 8.069/90 . . . . o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais. quais sejam os difi1sos. os coletivos e os individuais homogêneos. 4. É que a Carta de 1 988, ao evidenciar a importância ela cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição cios valores imateriais cio art. 3 7, ela CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por urna série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a A çéio Populm; a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 5. Deveras, é mister conferir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso ele ações' entre os instrumentos ele tutela cios interesses transindividuais e, afortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo cios mesmos. 6. Legitimatio ad causam do 38. Cf., ainda, FRElRE JR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: RT, 2005. O

lnfom1ativo do Supremo Tribunal Federal nº 3 1 9 apresenta as seguintes transcrições de julgamento no qual também fica evidente o entendimento do Tribunal. Transcrevemos o relatório: "MP e Ação de Lnvestiga

ção de Paternidade (Transcrições) (v. Informativo 3 1 5) RE Nº 248.869-SP RELATOR: MIN. MAURÍCIO

CORRÊA Relatório: O presente recurso extraordinário tem origem em ação de

investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, cuja inicial vem subscrita pelo representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, como assistente de Danilo Augusto da Silva, menor impúbere, e de sua genitora e representante na lide, proposta com fündamento na Lei 8560, de 29 de dezembro de 1992. 2. Ao contestar a ação, o suposto pai, réu da ação, suscitou, em preliminar, a ilegitimidade ativa do Parque/, e quanto ao mérito, sustentou a inconstitucionalidade do § 4º do artigo 2° da referida Lei 8560/92, por ofensa ao direito à intimidade, de que cuida o artigo 5°, incisos VI e X, da Constit11ição Federal (fls. 22128). 3. O juízo de primeiro grau, considerando que o Ministério Público atuou corno substituto processual, rejeitou a preliminar e deu por saneado o feito (fls. 30132). 4. Interposto agravo de instrumento (fls. 216), o Tribunal de Justiça acolheu as razões do agravante, com fundamento em que o Ministério Público, no caso, não está agindo na defesa de interesse público, coletivo ou difuso. Pelo contrário, propôs ação em favor de menor representado por sua mãe, que só recorreu ao Parque/ pelo fato de ser pessoa pobre. O acórdão entendeu que a ação deveria ser proposta pela Defensoria Pública, em face da insuficiência de recursos materiais do investigante (fls.

58160)." Atentando para o seguinte trecho do voto: "Dúvida não há, portanto, de que o artigo 82 do CPC, em especial o seu inciso m, que permite ao Ministério Público intervir em todas as causas em que há interesse público, foi recebido pela Constituição Federal, devendo o Parquet aluar nas ações em que está em jogo o interesse público primário, consubstanciado no que retrata o interesse maior da sociedade."



VISAN

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar ern prol de interesses indisponíveis. 7. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE nº 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: 'É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.' Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com suafinalidade institucional (CF, arts. 127 e 1 29). 8. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 9.

Outrossim, a Lei nº 8.069/90 no art. 7°, 200 e 20 1 , consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.0 do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como 'substituição processual ' .

1 O . Impõe-se, contudo, ressalvar que a jurisprudência predominante do E. STJ

entende incabível a ação individual capitaneada pelo lv!P (Precedentes: REsp oº

706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calrnon, DJ de J 8/04/2005; REsp nº

664.1 39/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/06/2005; e REsp nº 240.033/CE, Primeira Turma, Rei. Min. José Delgado, DJ de 1 8/09/2000). 1 1 .

Recurso especial provido." (lª T., REsp nº 68 1 .0 12/RS; Rei. Mia. Luiz Fux,j. em 06. l 0.2005, publicado no DJ de 24.1 0.2005, p. 1 90)39.

Os projetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos também não deixaram de lado esta importante questão: "Art. 1 9 . Legitimidade ativa . . . § 1 º. Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando 39. Mais recentemente o STJ inverteu o posicionamento anterior, reconhecendo a possibilidade de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, para llltela de direitos individuais indisponíveis: "PROCES

SO ClVLL. LEGITIMIDADE DO MJNISTÉR.10 PÚBLICO PARA AJUIZAR

DEMANDA DO

À INTERNAÇÃO HOSPITALAR E TRATAMENTO DE SAÚDE PARA R.ECÉM-NASClDO EM UTI NEONATAL. l . O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a açclo vise à 1111e/a de pessoa individ11alme111e considerada. 2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministerio Público a incm11bência de defender interesses individuais indisponíveis, contém nonna auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3.

Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os ans. 5°, caput e 196 da Constituição, em favor de recém-nascido prematuro que necessite de internação hospitalar e tratamento de saúde. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, nela por se Ira/ar de lute/a de direi/os individuais homogêneos, mas sim por se /ratar de imeresses individuais indisponíveis. 4. Recurso especial improvido. (STJ, I". T., REsp n. 899.820/RS, Rei. Min. Teori Albino Zavascki,j. em 24.06.2008, publicado no DJ de O 1 .07.2008, p. 1). Esse processo, contudo, muito embora o nome da ação, não seguirá o rito processual da Lei 7.347/1985, pois se trata de ação ordinária para defesa de direito individual, por exemplo, não se aplicando o regime da coisa julgada coletiva.

se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda" (CBPC

-IBDP); "Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva . . II a relevância

.

-

social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas " (CBPC

-UERJ/UNESA, redação, em nosso entender mais apropriada, originária no CM-TIDP, art. 2º, II).

Como se pode perceber, o tema está pulsando na agenda dos tribunais e dos juristas brasileiros. Acreditamos que ao conceito de demandas coletivas deva imperativamente aderir este novo elemento: a ação coletiva precisa caracterizar

-se como um processo de interesse público.

A doutrina internacional se tem preocupado desde há muito com o tema do processo civil de interesse público. Alguns exemplos podem ser citados. Para além do trabalho de Abram Chayes já referido, o excelente trabalho de Mauro Cappelletti: "O Papel do Ministere 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 ele relatório geral ao IXº Congresso fnternacional de Direito Comparado publicado em: CAPPELLETTI, Mauro; JOLOWJCZ, J.A.

"Public interest parties and the Active Role oftbe Judge in Civil Litigation". Milano/

New York: Giuffre/Oceana Publications, 1975.

Ainda, vale conferir o profundo trabalho de Mi1jan R. Damaska. "The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process". New Haven/London: Yale University Press, 1 986. Neste trabalho o autor configura três tipos de relação entre as faces ela 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 ele uma democracia deliberativa procedimental em uma sociedade pluralista, c) o modelo coordenado de implementaçcio de polí1icas 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). Por outro lado, recentemente a doutrina nacional se vem debruçando sobre a questão ela "litigação" de interesse público. Podemos indicar alguns trabalhos muito [nteressantes 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 4 1



Bedaque; Kazuo Watanabe; Maria Sylvia Zanella di Pietro; Milton Sanseverino; Rodolfo Camargo Mancuso.40

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 decorre da recente "politização da Justiça", entendida como ativismo judicial, sempre coordenado com a atividade das partes e o respeito à Constituição na realização de políticas-públicas.41

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 i nerte, ligado a justiça retributiva (modelo liberal). Apenas algumas decisões em ações populares (com o alargamento dos conceitos de patrimônio e de lesividade por parte dos j uízes) e na nascente ação civil pública (já na década de 80) permitiam falar em uma atividade judiciária proativa no Brasi 1.42

A Constituição Brasileira de 1 988 potencializou e implementou 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 argüição de descumprimento de preceito fundamental; desvinculou o Ministério Público Fed.eral 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 40. Sobre litígios de interesse público e o ativismo judicial em políticas públicas, conferir na doutrina Argentina, BERJZO CE, Roberto O. Turelas Procesales Diferenciadas. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 109-150; LORENZEITI, Ricardo Luis. Justicia Colectii'a. Buenos Aires: Rubi11zal-Culzoni, 201 O, p.

235-255.

4 1 . Conforme Damaska este modelo processual se caracteriza pela implementação de políticas públicas (policy-implementi11g) pertencente à burocracia-de-coordenação (coordinare officialdom) entre a vontade estatal e a participação dos cidadãos (DAMASKA, Thefaces o/justice and stare authority: a comparative approac/1 to rhe 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 implementalion are found in the more recentAmericall practice ofusing civil procedure in tbe 'public interest'. These cases take many forms, but the varianl of greatest interest here is a lawsuit brougtb by a plaintiff acting on behalf of a large interest group against the miniofficialdom of a school, hospital, prisoa, or independem governamental agency."(ld., p. 237).

42. "Antes da Constituição de 1988, era aegligeaciâvel 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 juizes e tribunais estaduais." (FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "A Constituição de L988 e a Judicialização da Política". Revisra da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 189 1

-

97, 1 996. p. 190).

42

tribunais de forma a garantir ao Supremo Tribunal Federal a defesa "precípua"

do texto constit11cional.

Portanto, mesmo que se desenhe alguma resistência quanto à presença constante de interesse público (interesse social primário) 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 e as

características da lesão sempre indicam a constância do interesse público primário nos processos coletivos. Daí a obrigatória e constitucional intervenção do Ministério Público nas demandas coletivas. São aspectos que ressaltam a importância social dessas demandas: a) a natureza e relevância dos bens jurídicos envolvidos (meio ambiente, relações de consumo, saúde, educaçã.o, probidade administrativa, ordem econômica etc.); b) as dimensões ou características da lesão; c) o elevado número de pessoas atingidas43.

5. CONCEITO DE PROCESSO COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Como bem salienta Vigoritti, não se trata de novidade a união popular em torno de certos interesses, muito menos o embate para a realização, efetivação e consagração desses mesmos interesses. A novidade, dentro do sistema posto, aparece quando esta união aspira à tutela jurisdicional como solução para os conflitos. Tal postura é um voto de confiança no sistema, e, ao mesmo tempo, uma expressão da radical vontade de sua renovação. Também é nova a aspiração de receber a tutelajuri.sdicional na dimensão real, coletiva, bem como a busca de espaço nas instituições processuais, para solucionar essa procura.44

Em resposta a essa procura, à aspiraçã.o por uma tutela real, efetiva e participativa, a Assembléia Constituinte estabeleceu alterações radicais na sistemática constitucional brasile.ira quando da elaboração da Constituição de 1 988.45

43. Verificar, por exemplo, a previsão do art. 5º, § 4° da LACP, infine, que corrobora essa ótica.

44. Entende o autor italiano que "in quest'ottica l'aspirazione alla tutela giurisdizionale di questi interessi appare come un atto cli fiducia nel sistema e, insieme, come espressione di una volontà di raclicale rinnovamento dello stesso. L'aggregazione in forma colletiva degli interessi, di certi interessi in particolare, non e sicuramente fenomeno peculiare dei nostri tempi, ma nuova e l'aspirazione cli questi interessi a riccvere tutela giunsdizionale nella !oro dimensione reale, in quanto collettivi; come nuova e la ricerca di spazio, nelle istituzioni, non solo in quella processuale. La prutecipazione e, dunque, il motivo di fondo dei ricorso ai giudice a tutela di interessi collettivi, e, insieme, il principio ispirntore dell'analisi degli istituti che ci occupano."(VIGORITTI, Vicenzo. !111eresse collellivi e pmcesso: la legiti111a<ione ad agire. Milano: Giuffre, 1979. p. 14).

45. Sobre as relações entre processo e Constituição cf. ZANETI JR, Hermes. "Processo constitucional: rela

ções entre processo e Constituição". ln: M lTIDIERO, Daniel; ZANETI JR, Hermes. Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de u111 paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. Ct: FLACH, Daisson. "Processo e realização constitucional: a construção do 'devido processo'. ln: CARPENA, Mareio Louzada; AMARAL, Guilherme Rizzo. Visões criticas do processo civil brasileiro: 43



Pode-se chamar atenção para a) o fato de que foi deslocado, para o inicio da Carta, o titulo que cuida dos direitos e garantias fundamentais. Dispõe o "Título II - Dos direitos e Garantias Fundamentais" e logo em seu "Capítulo I Dos Di

-

reitos e Deveres Individuais e Coletivos"; b) a inclusão dos direitos "coletivos"

no rol dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, encontra-se o princ ipio da inafastabilidade do poder judiciário ou universalidade da jurisdição, 46 renovado e ampliado.47 Cabe salientar que esse alargamento revela-se abrangente não só da tutela coletiva, com, v.g. , a legitimação ativa de corpos intermediários da sociedade civil, como, também, da tutela de urgência, seja de provimento acautelatório ou antecipatório da tutela a ser proferida pelo j ulgador (art. 5°, XXXV, da CF/88).48

Postas essas premissas, é possível identificar os elementos que compõem o conceito de processo coletivo.

Além do interesse público primário são características principais do processo coletivo:

a) a legitimação para agir;

uma ho111enage111 ao Prof D1: José Maria Tesheine1: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p . 1 1-30.

46. Para o novo conceito de jurisdição, cf. M!TlDIERO, Daniel Francisco. Notas sobre o art. 1 . do Código de Processo Civil. Revista Jurídica, nº 299, 2002; MTTIDIERO, Daniel Francisco. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. Tomo r.

47. Como afirnrn Elton Venturi, "Essa ampliação do princípio da ubiqüidade, aliada à consagração de uma série de direitos individuais e sociais fundamentais e indcrrogáveis . . . torna lícito aludirmos, em suma, a uma verdadeira transformação no âmbito das garantias constitucionais, decorrente da transposição do enfoque, do individual para o social, fenômeno semelhante ao

que motivou a doutrina italiana a mencionar a presença hodierna de um 'neo-garantismo', pelo qual se liberta o processo do formalismo tradicional individualista, imprimindo-lhe natureza substancial, aceitando as implicações derivadas não só da nova relação entre juiz e parles, como da própria Lransforniação das controvérsias." Cf. VENTURJ, Elton.

"Apontamentos sobre processo coletivo, o acesso àjus1iça e o devido processo social". Ge11esis - Revis1a de Direito Processual Civil. nº 4, jan./abr. l 997, item 3 . 1 . Sobre "neo-garantismo", Denti afirma que este fundamentalmente: "responde ad una esigenza di uguaglianza reale o sostanziale tra le parti stesse." (Cf.

DENTI, Vittorio. "li ruolo dei giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo". Rivista 7i·imestrale Dirillo e Procedura Civile, Milano, v.38, nº 3, p. 726, set. 1984. p. 726 et. seq.; ver também, GRINOVER, Ada Pellegrini. "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas". ln: Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 45-59. esp. p 49).

48. Na perspectiva do objeto em esnido, "A garantia de ingresso em juízo (ou do chamado 'direito de demandar') consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, só lhes podendo ser negado o exame em casos perfeitamente definidos em lei (universalização do processo e da jurisdição). Hoje busca-se evitar que conflitos pequenos ou pessoas menos favorecidas fiquem à margem do Poder Judiciário; legitimam-se pessoas e entidades à postulação judicial (interesses difusos, mandado de segurança coklivo, ação direta de inconstilucionalidade estendida a diversas emidades representativas); e o Poder Judiciário, pouco a pouco, vai chegando mais perto do exame do mérito dos atos adminisu·ativos, superando a idéia fascista da discricionariedade e a sutil distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, usadas como escudo para assegurar a imunidade deles à censura jurisdicioool. Nessa e em outras medidas voltadas à 1111iversalidade do processo e dajurisdiçcio reside o primeiro significado da garantia constitucional do controle judiciário e o primeiro passo para o acesso à justiça."

(DlNAMARCO, Cândido, A instmmentalidade do processo, p. 304).

b) a afirmação de uma situação jurídica coletiva: direito coletivo lato sensu, no pólo ativo (ação coletiva ativa), ou dever ou estado de sujeição coletivos lato sensu, no pólo passivo (ação coletiva passiva);

c) a extensão subjetiva da coisa julgada.

Nesse sentido, conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato

sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas49.

Ação coletiva é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva. Tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos lato sensu) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade, que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos).

H á procedimentos especialmente criados para servir às causas coletivas: a ação popular50 (Lei Federal nº 4.7 1 7/65 e art. 5º, inc. LXXII l , cf.), a ação civil pública (Lei Federal nº 7 .34 7 /85, reconhecida constitucionalmente no art. 1 29, III, da CF/88), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX, da CF/88) e as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (arts. 9 1 a 1 00 do CDC), a ação de improbidade administrativa (Lei Federal nº 8.429/ 1 992) etc.

O STF julgou a ADI n. 2 . 1 82, que versava sobre a inconstitucionalidade formal da Lei de Improbidade Administrativa. Entenderam os ministros do STF, por maioria, que o art. 65 da CF/88 (processo legislativo bicameral) fora respeitado, pois, embora o projeto tenha sido encaminhado para sanção sem que o Senado conferisse mudanças feitas na Câmara, as alterações foram meramente formais, o que não compromete a norma. Como foi noticiado no site do STF: "No dia 23 de maio de 49. Essa definição não se distingue em substância da proposta por Gidi, "Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objelo), 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 iDdispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada". (GIDI, Antonio. Coisa julgada e lirispendência em ações cole!ivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 1 6).

50. Sobre a defesa de direitos difusos pela ação popular ver o seminal artigo de MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos". ln: Temas de direito procesrnal civil. São Paulo: Saraiva, 1 977. p. 1 10-123.

2007, quando o Plenário começou a julgar o mérito da matéria, o relator da ADI, ministro Marco Aurélio, entendeu que o processo legislativo bicameral foi violado.

Ele argumentou que o projeto de lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados

pelo Executivo, onde foi aprovado. No Senado, foi totalmente modificado por meio de substitutivo. Ao voltar para a Câmara, o projeto foi mais uma vez modificado.

Porém, em vez de ser arquivado ou voltar para o Senado, que atua como Casa revisora, o projeto foi encaminhado à sanção presidencial. A mjnistra Cármen Lúcia e o ministro Ricardo Lewandowski abriram divergência, ao entenderem que a alteração feita pelo Senado foi formal, e não de conteúdo. Lewandowski entendeu que o projeto enviado pelo Senado à apreciação da Câmara é meramente uma emenda, e não um novo projeto de lei. O ministro Eros Grau apresentou seu voto-vista ... unindo-se à divergência. "A mim me parece que a Câmara dos Deputados deu estrito cumprimento ao disposto no artigo 65 da Constituição", disse.

No mesmo sentido votaram os ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mel lo e Cezar Peluso que, juntamente com os ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, formaram a maioria." A questão da inconstitucionalidade material de alguns dispositivos da Lei 8429/1 992 ficou pendente de julgamento na ADI 4.295, ajuizada pelo Partido da Mobil ização Nacional.

Alguns autores defendem que também as ações de controle de constitucionalidade podem ser vistas como modalidades de tutela coletiva.51 Não se admite, por outro lado, a utilização do procedimento dos Juizados Especiais para veicular uma ação coletiva.52

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

5 1 . "Na ADln, para o controle abstrato da constitucionalidade das normas, não há interesse subjetivo, mas interesse difuso, de toda a cole1ividade, na higidez da nomia federal ou estadual comparada com o texto constitucional federal". (NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 6. cd. São Paulo: RT, 2002, p. 1 396). Assim, também, um dos autores deste curso, DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. "Aspectos processuais da ADTN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de consti[Ucionalidade)". Ações constitucionais. 2' ed. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Editora JusPODfYM, 2007; BUENO, Cassio Scarpinella.

Curso sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 201 O, v. 2, t. 3; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 140. Afinna o autor a existência de uma subdivisão do direito coletivo (comum e especial) cm razão do objeto material: "a) o objelo material do direito processual coletivo comum é a resolução de lides coletivas decorrentes dos conflitos coletivos que ocorrem no plano da concretitudc - é ponanto a proteção de direito coletivo subjetii·o; b) já o direito processual coletivo especial tem como objeto material o controle em abstrato da consti[Ucionalidade das leis - é a tutela jurisdicional exclusivamente do direito objetivo." Ibidem.

52. Entendendo possível a utilização da ação coletiva no âmbito dos Juizados Especiais, com argumentos muito bons, RODRIGUES. Geisa de Assis. Juizados especiais cíveis e ações coletivas. Rio de Janeiro: Forense, l 997. Frise-se, porém, que a Lei Federal nº l 0.259/2001 , atentando contra o proposto de forma escorrei ta no texto citado, vedou o acesso à justiça de pequenas causas por demandas coletivas (cf. art. 3, parágrafo l , ioc. 1 da Lei l 0.259/01). A Lei n . 12.1 53/2009, Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública, ratifica esse entendimento, mantendo a coerência do microssistema dos Juizados Especiais (arl 2°, § 1 º, 1).

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO COLETIVO

Os dissídios coletivos trabalhistas também são exemplos de ação coletiva, para significativa parcela da doutrina.

Para uma determinada concepção, a ação penal condenatória é, substancialmente, uma ação coletiva. Mas é possível 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 neste curso, o meio ambiente, o direito econômico, o direito do consumidor, a ordem urbanística etc. Para esses bens, teria surgido um direito penal supra-individual, no qual se verifica que a tutela desses bens jurídicos coletivos, surgidos com mais força pós-Constituição de 1 988 - bens ligados muitas vezes a uma macro-criminalidade - 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) . . . "53, inclusive com a possibilidade de ação coletiva ex delicto para tutelar a responsabilidade civil decorrentes do ato ilícito.

Assim, pode-se dizer que 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. O bem jurídico tutelado por esses tipos penais é um direito coletivo lato sensu. 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. 1 03, § 4°, do CDC; ait. 33, §

4°, do CM-IIDP).

As ações coletivas são tendentes a fomentar participação democrática. Ocorre, por meio delas, uma democracia pontuada, exercida ah·avés do Poder Judiciário, como, aliás, já se demonstrou no tópico sobre o processo civil. de interesse público.54

53. FISCHER, Douglas. Delinquência económica e estado social e democrático de direito: uma 1eoria à luz da constituição. Po110 Alegre: Verbo Jurídico, 2006. (no prelo). 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 11tilib11s da eficácia da sentença penal, nos termos do arl. 103,

§ 4º, originando uma nova hipótese de actio civilis ex delicti, a "ação coletiva ex delicti" ou "ação civil pública ex delicio". (TAHfM JR., Anastácio Nóbrega. "Ação civil pública ex delicto". Revista de Processo.

São Paulo: RT, 2004, n. 1 1 5, p. 28-54).

54. Sobre o exercício da democracia participativa através do Poder Judiciário cf. BONAVIDES, Paulo. Teoria conslitucional da democracia participativa: por um direi/o consli111cio11al de luta e resistência; por uma nova her111ené111ica; por uma repolitizaçcio da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001; ZANETl 47

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

6. O MICROSSISTEMA P ROCESSUAL COLETIVO E O PAPEL D O CÓDIGO D E DEFESA DO CONSUMIDOR

6.1. Generalidades

Quando falamos em "descodificação" e "microssistemas", geralmente debru

çamo-nos sobre o direito civil, berço destes conceitos. Agora o próprio direito civil começa a abordar o tema sob outra perspectiva: a da "Recodificação".55

É bom frisar, contudo, que os microssistemas e a descodificação não são fenômenos exclusivos do direito civil: há, por exemplo, microssistemas penais56

e processuais.

Além disso, o legislador, para garantir a efetividade dos diplomas normativos, muitas vezes vale-se de regras heterotópicas (de outra natureza): quando o legislador criou o microssistema de defesa do consumidor, não descurou de apontar regras processuais para a efetivação dos direitos ali assegurados.

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 . . . " 57

Estes microssistemas evidenciam e caracterizam o policentrismo do diJ·eito contemporâneo, vários centros de poder e harmonização sistemática: a Constituição (prevalente), o Código Civil, as leis especiais. Pensar em recodificar significa imaginar uma função residual aos Códigos que não seja fechada em si JR., Hermes. A constitucionalizaçào cio processo: a virada do paradigma racional e político do direito processual civil brasileiro no estado democrático co11stit11cional. Tese de Doutorado, UFRGS, novembro 2005, orientador Carlos Alberto AI varo de Oliveira. Especificamente sobre democracia e tutela dos direitos transindividuais cf. RODRlGUES, Geísa ele Assis. Ação civil pública e ter1110 de aj11s1ame1110 de co11d11ta.

Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09-96.

55. Este movimento, aliás e diga-se de passagem, surgiu como exortação nos artigos seminais de Natalino Trti em 1979, corno um necessário contraponto da

"descodificação". Cf. IRT!, l 'éta dei/a decodificazione. Milano: Giuffre, 1979, 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 microssisternas e dos quais estes não podem fugir para realização de interesses imediatistas dos "grupos" de pressão.

56. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Direito pe11al - sistemas, códigos e microssislemas. Curitiba: Juruá, 2004.

57. MAZZEI, Rodrigo. A açciopopular e o 111icrossiste111a do processo coletivo, no prelo.

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 idéias pode ser facilmente transportada para o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor como atual elemento harmonizador do microssistema da tutela coletiva.

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

O CDC (Lei Federal nº 8 . 078/1 990) surgiu por imposição expressa do art. 5º, XXXII, da CF/88 e do art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O microssistema dispõe a matéria em seis títulos, sendo principal, para este estudo, o Título I l J "Da Defesa do Consumidor em Juízo".

Ali, já no art. 81, parágrafo único, incisos l , II e I IT,58 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 fonna expressa e que era conturbado, inclusive na doutrina especializada.59

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 diapasão, apresentam-se, como mudanças ontológicas, um novo enfoque da par conditio (com a transposição de uma 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.6º

Lendo-se o título I I I do CDC, constata-se que há inovações processuais, tanto no que se refere às ações individuais como às coletivas, a saber: a) a possibilidade de detenninar a competência pelo domicílio do autor consumidor e determinação da competência do foro da capital dos Estados e do Distrito 58. "Arl. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente. 011 a titulo coletivo. Parágrafo único - A defesa coletiva scní exercida quando se tratar de: 1 - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os tra11si11divid11ais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circ11nstâ11cias de fato; 11 - interesses ou direitos coletivos, assim enlendidos, para efei1os desle Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo. categoria 011 classe de pessoas ligadas entre si 011 com a parte contrária por uma relação jurídica base; I l i - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

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

60. GRINOYER, Ada Pcllcgrini, Código brasileiro de defesa do consumidor, p. 608.

49

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Federal para as ações de âmbito regional ou nacional - princípio da competência

adequada (arts. 1 0 1 , I e 93, II);

b) a vedação da denunciação à lide e um novo tipo de chamamento ao processo (arts. 88 e 1 0 1 , II);

c) a possibilidade de o consumidor valer-se, na defesa dos seus direitos, de qualquer ação cabível - princípio da atípicidade ou não-taxatividade (art. 83); d) a tutela específica em preferência à tutela do equivalente em dinheiro -

princípio da tutela adequada (art. 84);

e) regras de coisa julgada específicas para as ações coletivas e aperfeiçoadas em relação às leis anteriores, com a extensão subjetiva da eficácia da sentença e da coisa julgada em exclusivo benefício das pretensões individuais e a possibilidade do j ulgamento de improcedência por insuficiência de prova - princípio da coisa julgada secundum eventum li tis e secundum eventum probat ionis (art. 1 03); f) regras de legitimação (ait. 82) e de dispensa de honorários advocatícios (art.

87) específicas para as ações coletivas e aperfeiçoadas em relação aos sistemas anteriores;

g) regulamentação da relação entre a ação coletiva e a individual (art. 1 04); h) alteração e ampliação da tutela da Lei nº 7.347/85 (LACP - Lei da ação civil pública), harmonizando-a com o sistema do Código (arts. 1 09- 1 1 7) e formando um microssistema que garante ao processo b·adicional do CPC atuação apenas residual.61

O CDC foi além, como se vê.

Ao alterar a LACP, atuou como verdadeiro agente unificador e haimonizador, empregando e adequando à sistemática processual vigente do Código de Processo Civil e da LACP62 para defesa de direitos "difusos, coletivos, e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título I I I da Lei 8.078, de 1 1 .09. 1 990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".63

Com isso cria-se a novidade de um microssistema processual para as ações coletivas. No que for compatível, seja a ação populai-, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança coletivo, 6 1 . Outras regras de processo, situadas fora do Título Ili, também foram alteradas, v.g., a inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando, a

critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente (art. 6°, inc. VIII). Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini, Código de defesa do consumidor.

p. 608-9.

62. Arts. 90 e 1 1 7 do CDC, esse último ac1escenta o art. 2 1 à LACP.

63. Art. 2 1 , da Lei 7.347, redação alterada pelo CDC.

aplica-se o Título l l l do CDC.64 Desta 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 col.etiva.65

Cabe lembrar que o art. 1 ° do CDC o define como norma de ordem públicCf e interesse social, reforçando a sua eficácia sobre as demais normas integradoras cio sistema e seu caráter inovador, no que Cappelletti chamou de "devido processo social". Essa expressão, trazida por Cappelletti, representa o contexto retórico66

em que até mesmo os mais "sagrados" princípios ele Direito devem ser reconsiderados em vista das mudanças ocorridas nas sociedades modernas; no entanto, essa reconsideração não significa abandono ou inutilização dos esquemas individualistas ele "garantismo processual". 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 fonna de assegurar e realizar a vindicação dos "novos direitos".67

Todo esse raciocínio se justifica pela própria ótica propulsara das mudanças soc.iais que desaguaram 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 64. Sobre a existência de um sistema de tutela processual para direitos coletivos, lembra GIDI, que o vero presidencial ao ar/. 89 do CDC, que expressamente declararia a extensão dos dispositivos do Título I l i 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 ruis. 1 1 O, 1 1 1 e 1 1 7 do Código que permitem a leitura similar através da ação civil pública. Afirma, ainda, o autor: "Em outras palavras, não somente o micro-sistema da coisa julgada, mas toda a parle 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 I l i do CDC combinado com a LACP fará às vezes do Código Cole1ivo, corno ordenamento processual geral." (GIDI, Antonio, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, p. 77 e 83).

65. GIDI, Antonio, Coisa julgada e li1ispe11dê11cia em ações colerivas. p. 77.

66. O lenno aqui representa não a visão da retórica corno "adornos empolados 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 fonnador de um "senso comum" para os juristas. (WA RAT, Luís Alberto. O direiro e sua linguagem. 2 ed. rev. e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1 995, passim).

67. CAPPELLETTI, Mauro. "Vindicating lhe public insteresl trough lhe courts". ln: Tile Judical process in compararive per�pecrive. Oxford: Caredon Press, p. 304 apud BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pomos para uma refte�ão co11j1111ta. p. I O 1 .

Cf., também, VENTURI, Apo111amenros sobre o processo colerivo, o acesso àjusriça e o devido processo social. passim.

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.68 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, corno foi visto, pela interpretação sistemática entre as regras do art. 2 1 da LACP69 e a do art. 90 do CDC70.

6.3. O microssistema do processo coletivo

O CDC não traz todas as disposições atinentes ao nosso processo coletivo e é importante para a finalidade que atende o processo coletivo que busquemos integrar, no que existe de positivo, os diversos diplomas que referem sobre as ações coletivas. Rodrigo Mazzei tem defendido a tese de que aos processos coletivos se aplicaria a teoria do italiano Natalino Irti sobre os rnicrossistemas.

Assim, existiria no direito positivo brasileiro, já configurado, um "rnicrossistema processual coletivo".71

Visão mais ampla há de ser empregada, pois, apesar de o CDC e a LACP terem, de fato, um status de relevância maior (decorrente da natural aferição de possuírem âmbito de incidência de grande escala), os dema is diplomas que formam o microssistema da tutela de massa têm também sua importância para o direito processual coletivo, impla11tando a inteligência de suas regras naquilo que for útil e pertinente.

E mais:

Note-se, por ser uma característica pouco comum, que o microssistema coletivo tem sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioria dos microssistemas que, em regra, recebem apenas influência de normas gerais. Por exemplo, a Lei nº 8.245/91 (exemplo de diploma extravagante nas relações entre locador e inquilino de imóveis) possui diálogo com o Código Civil (CC), o Código de Processo Civil (CPC) e, obviamente, a Constituição Federal (CF) . . . Com efeito, a concepção do microssistemajurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do CDC e da LACP. mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõe o microssislema é apto a nutrir carência regulativa das 68. Sobre a doutrina individualista e sua insuficiência cabe a transcrição: "O tempo, porém, revelou ser essa disciplina absolutamente i11s11ficieme em tela de ações coleti1·as em geral e do mandada de seg11ra11ça coletiva em particular. Esse regramemo veio a ser aperíeiçoado em seus ponnenores mais significativos até o limite máximo da Ciência Jurídica contemporânea, através da promulgação do Código de Pro1eção e Defesa do Consumidor."(GIDL, Coisa julgada e li1ispe11dê11cia em ações coletivas. p. 82).

69. Introduzido, como já foi expresso supra, pelo art. 1 1 7 do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90.

70. O an. 90 do CDC esiabelece a aplicação subsidiária do CPC e da LACP no que não conlrariar suas disposições expressas.

7 1 . MAZZEI, Rodrigo Reis. "A ação popular e o microssis1ema da lUlela cole1iva", in Luiz Manoel Gomes Júnior (Coord.), Ação popular-Aspectos contravertidos e relel'antes - 40 anos da Lei 47 J 7165. São Paulo: RCS. 2006; MAZZEI, Rodrigo. Came11tárias ao artigo 6° da Lei 4. 7 J 7165 (ação populw), 110 prelo.

demais normas, pois, unidas, fom1am sistema especialíssimo. Isso significa dizer que o CPC terá aplicação somente se não houver solução legal nas regulações que estão disponíveis dentro do microssistema coletivo que, frise-se, é formado por um COJ?junto de diplomas especiais com o mesmo escopo (tutela de massa). Dessa forma, a leintra de dispositivos com redação próxima à do artigo 1 9 da LACP e do artigo 22 da LAP há de ser feita de forma cuidadosa,

porquanto o CPC será residual e não imediatame/1/e subsidiário, pois, verificada a omissão no diploma coletivo especial, o inté1prete, antes de angariar solução na codificação processual, ressalte-se, de índole individual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microssistema coletivo ... As leis que formam esse conjunto de regulação ímpar, sem exceção, inte111enetram-se e subsidiam-se, devendo, o intérprete aferir - em concreto - a eventual incompatibilidade e a especificidade de cada norma coletiva em relação aos demais diplomas, com aplicação apenas residual do CPC, em razão da sua dicção, repila-se, individual. 71

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 factum com os ideais constitucionais no momento de sua aplicação prática. A Constituição substituiu o papel do Estado na expressão da soberania, não é mais o Estado que controla as fontes do direito; na edição de leis ou códigos (por exemplo), mas a Constituição que orienta o ordenamento jurídico73. Daí que Zagrebelsky fala 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.74 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. 75

72. MAZZEI, Rodrigo Reis. "A ação popular e o microssistema da tutela coletiva", in Luiz Manoel Gomes Jr.

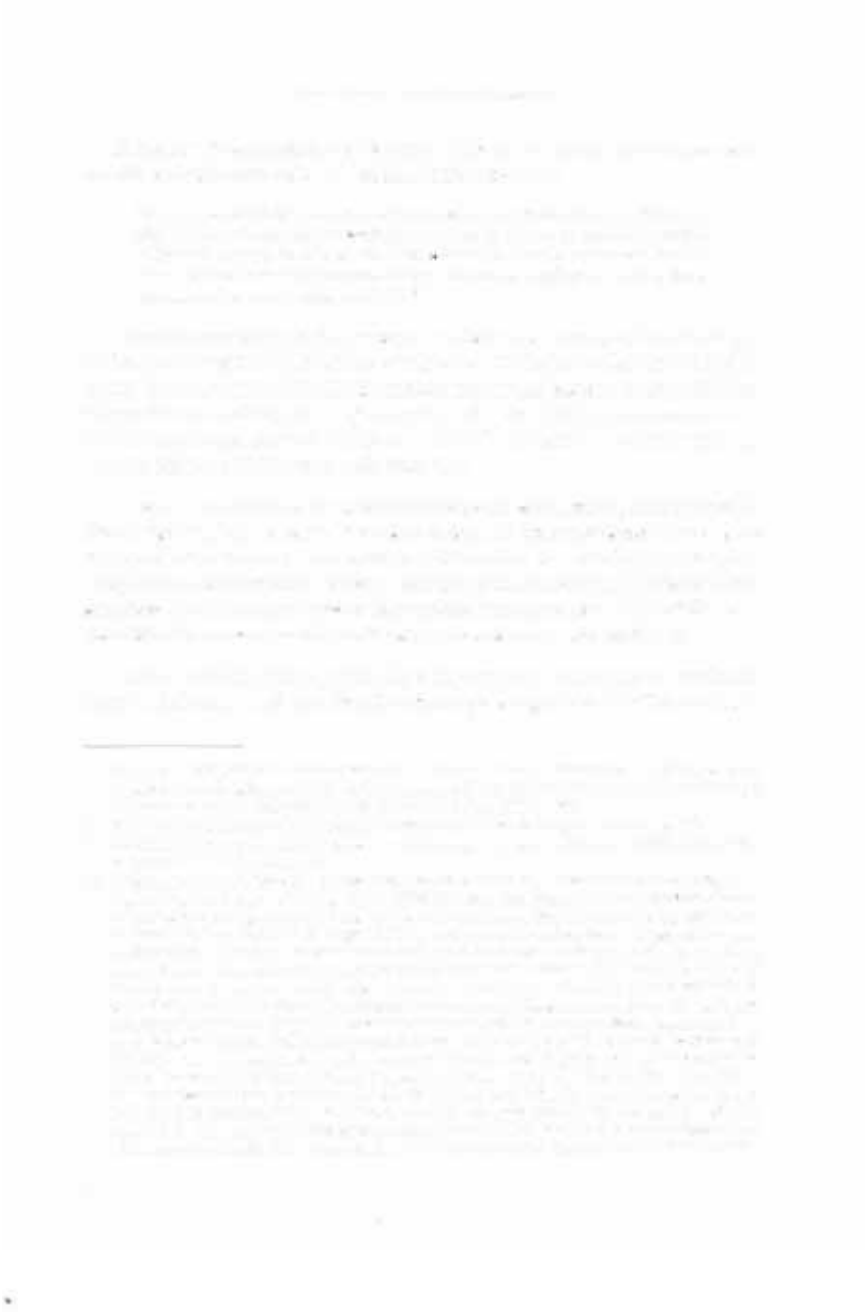
(Coord.), Ação popular- Aspectos controvertidos e relevantes - 40 cmos da lei 4717165. São Paulo: RCS, 2006.

73. Soberan ia da Constituição significa: "Dalla costituzione, come piattaforma di partenza che rapprcscnta la garanzia di legittimità per ciascuna delle parti costitutive della società, puó iniziarc la competizionc per imprimere concretamente alio Stato un indirizzo di un segno o di un altro, nell 'ambito delle possibilita offene dai compromesso costituzioaale. Questa i:: la condizione delle costituzionc democratiche ncl tempo dei pluralismo. ln qucsla condizione, vi e slato chi há rctcnuto possibile sostituire, nella funzione ordinante, la sovranità dello Stato (e cio che di esclusivo, sernplificante, orientante essa di per sé conteneva) con la sovranità dei la Costituzione." ZAGREBELSKY, Gustavo. li diritto mite. Torino: Einaudi, 1992. p. 9.

74. Nas palavras do autor: "Per rcndersi como di questa trasforrnazione, si puó pensare aliá costituzione 11011 piú come centro dai quale 111110 derivava per irradiazio11e, atraverso la sovra11i1à dei/o Sta/o cui si appoggiava, ma come centro verso cui t11110 deve convergere, cio!:: come centro da guadagnare piuttosto che come centro da cui partirc. La "po/itica costituzionale ' per rnezzo della qualc si punta a quel centro non e esccuzione della Costituzione, ma realizzazione dei/a Costituzione, in uno dei mutevoli equilibri in cui puó rendersi effettiva." ZAGREBELSKY, Gustavo. li dirillo mi/e. Torino: Einaudi, l992. p. 10.

(grifo nosso).

75. 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 53



FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

A recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta para esta direção em reiterados votos do eminente Min. Luiz Fux:

"A lei de improbidade administrativa,juntameDte 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 Adole cente e do Idoso, compõem

11111 microssistema de lutela dos inleresses transindividuais e sob esse enfoque inlerdisc iplinm; inte1penetram-se e subsidiam-se (. . .)".16

Em outro momento, um dos autores deste Curso externou entendimento de que o CDC e a alteração da LACP dele advinda (art. 2 1 da Lei Federal nº 7.347/85), criam "a absoluta novidade de um sistema processual para as ações coletivas.

No que for compatível, seja a ação popular, ação civil pública e mesmo no mandado de segurança coletivo, aplica-se o título I I I do CDC", 77 avançar para um microssistema pode ser agora mais vantajoso.

A valiosa contribuição de Rodrigo Mazzei 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 intra-sistemática. Quer dizer, assumem-se incompletos para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e muito dinâmica.

Como corolário desse quadro surge imperativo o recurso da comunicação entre os diplomas legais para lhes dar atualidade e organicidade.78 Um excelente a lei e a cons1ituição: a lei mo1·e-se de111ro do 6111bi10 dos direitos fu11da111ell/ais e considera-se como exigência de realização concreta de direilosfi111da111e11tais" Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição dirigente e vi11cu/açcio do legislador. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001 . p. 483.

76. STJ - RESP nº 5 1 0 . 1 50/MA, I' T., Rei. Min. Luiz Fux,j. 1 7.2.2004, DJU, de 29.3.2004, p. 1 73.

77. ZANETl J R, Hem1es. Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 200 1, p. 53.

78. 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 elas cláusulas gerais extensivas, que permitem o alargamento da regulação jurídica, através do uso de regras de outros tcx1os legais, como ocorre na parle final do parágrafo 1 ° do artigo 1 .228, ao reme1er 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 1entar manter o CC como corpo

legislativo com constante arejamento e atualização, evitando o engessamento e superação de seus dispositivos.

Mais ainda, com as cláusulas gerais extensivas, permite-se uma intensa comunicação do CC, e111fi111çcio pal'licipativa, com a CF (naquilo que illferessa ao direito privado) e com os microssistemas previstos em legislações especiais. Utilizando o exemplo da função social da propriedade, a partir dos ditames da CF/1 988 - em que a propriedade recebe tratamcn10 constitucional de grande monta, estando regulada com destaque na parte "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" (art. 5°, XXII e XXII!), 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 1 º, 1 82, parágrafo 2º e 4°, 1 84, caput, 1 85 e 1 86 -, o CC dá efetividade à referida diretriz constitucional nas relações privadas. Com efeito, com a orientação de que a propriedade deverá ler uma função social, no caso concreto (e em se 54

exemplo de problema que poderia ser resolvido sob esta ótica é a viabilidade da pessoa jurídica de direito público "trocar" de pólo nas ações coletivas em geral, a exemplo dos arts. 6°, § 3° da LAP e 1 7, § 3° da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/ 1 992), 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. 1 9 da LAP, temas que serão examinados em capítulos próprios, mais adiante.

Revela-se, desta forma, que o Código de Processo Civil perdeu sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, seus princípios e regras não mais contêm o caráter subsidiário que anteriormente lhes era natural. As lacunas, as antinomias, os conflitos entre leis especiais não são mais resolvidos por prevalência direta dos Códigos. O caminho percorrido sempre converge para a Constituição, que em si mesma não porta antinomias, dada a sua unidade narrativa.

Consoante expressiva lição de Canotilho, "Principio da unidade da constituição: A consideração da constituição como sistema aberto de regras e princípios deixa ainda um sentido útil ao princípio da unidade da constituição: o de unidade hierárquico-normativa. O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquicamente de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda boje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (!) a tese das antinomias normativas; (2) a tese das normas constitucionais inconstitucionais. O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria positividade normativo-constitucional e um importante elemento de interpretação. Compreendido desta forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência da 'coerência narrativa' do sistema jurídico. O princípio da unidade, corno princípio de decisão, dirige-se aosjuizes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princ ípiosjurídicos, no sentido de as 'lerem ' e 'compreenderem ', na medida do possível, como se fossem obras de um só aut01; exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça (Dworkin). Neste sentido, embora a Constituição possa ser uma 'unidade dividida'

(P. Badura) dada a diferente configuração e significado material de suas normas, isso em nada altera a igualdade hierárquica de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez".79

tratando de relação privada), conforme o parágrafo 1° do artigo 1 .228 do CC (clá11s11/a 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 disposiçiio do Estado-juiz é de calibre altíssimo, uma vez que permitiu trazer para o julgador toda a legislação multidisciplinar, através da entrada do parágrafo 1° do artigo 1 .228".

79. CANOTlLHO, J.J. Gomes. Direito Cons1i111cio11al e Teoria da Constituiçcio. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1 1 83- 1 1 84.

Para solucionar um problema de processo coletivo, em uma ação civil pública, o

caminho deve ser mais ou menos o seguinte: a) buscar a solução no diploma específico da ACP (Lei Federal nº 7.347/ 1 985). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória: b) buscar a solução no Tít. III do CDC

(Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema: e) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos identificar a ratio do processo coletivo para melhor resolver a questão. Podemos referir, entre muitas hipóteses. a quatro situações passíveis de demonstrar a unidade de tratamento: /) efeitos em que a apelação é recebida nos processos coletivos (art. 1 4 da LACP); 2) concei.to de direitos coletivos lato sensu (direitos difusos, coletivos slricto sensu e individuais homogêneos, art. 82 do CDC); 3) possibilidade de execução por desconto em folha de pagamento (art. 1 4, § 3º

da LAP)8º; 4) possibilidade de "intervenção móvel" por parte da pessoa jurídica nas demandas coletivas, que, à 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, § 3° da LAP e J 7, § 3º da Lei de improbidade administrativa).

Nesta conformação de idéias, temos o CPC como mero diploma residual, seu efeito sobre o processo coletivo deve ser sempre reduzido, evitando disciplinar as demandas coletivas com institutos desenvolvidos para os processos individuais. Com o advento do Código Brasileiro de Processos Coletivos esta situação será consolidada, o CBPC representará o diploma harmonizador dos processos coletivos no Brasil, colocando-os em conformidade com os objetivos constitucionais.

80. "Segundo. parece-nos possível, também, observadas cenas cautelas (definição de um perce11tual responsável que garanta a subsistência do devedor), que o salário do agente público que claramente se demonstre ímprobo seja parcialmente bloqueado para garantir a futura e suposta reparação ao erário, pese a regra do art. 649, IV, do Cl'C (impenhorabilidade salarial). Isto porque o art. 14, § 3°, da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65)- aplicàvcl à improbidade por conta do microssistema processual fomiado pelo conjunto de leis que regem o processo coletivo (art. 90 do CDC e.e. art. 21 da LACP)-permite a penhorabilidadc salarial (desconto em folha) até o integral ressarcimenlo do dano causado, regra esta que, por óbvio, diante da especialidade, prevalece sobre a nom1a civil genérica (an. 649, I V, do CPC). Ora, se é possível a penhora

salarial através de desconto cm folha, possível também que, cautelarmente, se autorize a reserva de parcela do salário do servidor para garantia de eventual dano objeto da ação de improbidade administrativa. O

percentual do desconto a servir de garantia será fixado pelo juiz do pleito cautelar e não poderá exceder a 30% do valor total dos rendimentos do servidor, percentual ora alcançado com a aplicação analógica do disposto na Lei Federal 1 0 .820/2003 - regulamentada pelo Decreto 4.840/2003 - que autoriza o desconto em folha de 30% do salário para fins de pagamento de empréstimos pessoais firmados por qualquer assalariado celetista do país. A sustentabilidade da tese ora abraçada advém cio factível argumento que há de se encontrar um ponto de equilíbrio entre a proteção à dignidade humana advinda da proteção do salário com o interesse público na reparação do erário" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca et ai. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: RT, 201 O, p. 287-288).

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO COLETIVO

7. MODELOS DE TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS COLE TIVOS

7. 1 . Consideração inicial

No artigo que empresta o título para o presente tópico Michele Taruffo defendeu a existência de dois modelos de tutela jurisdicional dos direitos coletivos. 81 Um modelo seria o da Verbandsklage alemã, principalmente adotado na Europa-Continental (exceto nos países escandinavos). Outro, o modelo das Class Actions, de origem norte-americana, amplamente difundido em países como o Brasil, o Canadá, recepcionado também em alguns países do norte da Europa

-continental como a Suécia. Esse último modelo, das class actions, é o que tem reconhecidamente maior influência e difusão nos ordenamentos que adotam as demandas coletivas.82

Importa lembrar que o estudo de modelos comparados apenas serve como cotejo das grandes linhas, não se pretende reduzir a natural complexidade dos sistemas jurídicos, apenas indicar o que se traduz pela matriz de pensamento, querendo, matriz ideológica, que direciona a aplicação das regras e princípios jurídicos num ou noutro sentido. Nessa medida o estudo comparado de modelos é muito mais rico que a mera comparação de institutos, já que visa a extração da lógica desses ordenamentos na solução dos problemas jurídicos que se apresentam.

8 1 . TARUFFO, Michcle. "Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi". ln: LANFRANCHI, Lucio.

la tutela gi11risdizionale degli interessi collellivi e diffusi. Torino: Giappichelli, 2003. p. 53-66. Para um estudo comparado, verificar GIDI, Antonio. A class action como instrnmento de tutela coletiva de direitos.

São Paulo: RT, 2007; GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, MULLENTX, Linda. Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008. (relatório do tema 5 - novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas, no X l l l Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em Salvador, Bahia, 1 6 a 22 de setembro de 2007). Especialmente em relação ao co111111011 law, conferir o profundo e amplamente documentado estudo MULHERON, Rachael. The Class Action. ln Com111011 law legal Systems. A Comparative Perspective.

Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing, 2004. A especial atenção do leitor brasileiro neste texto deve ser dirigida aos capírulos sobre a escolha do representante da classe e a identificação e delimitação da demanda coletiva (cap.

8 e 9). Igualmente, no mesmo texto, uma crítica do modelo inglês das group actions ou GLO -gro11p litigation orders (cap. 4).

82. Michele Taruffo anota ainda, como já tivemos oportunidade de ressaltar, a grande importância do modelo brasileiro, referindo-se ao seu amplo desenvolvimento como o mais avançado modelo fora dos Estados Unidos. Trata-se da recepção criativa do modelo das clc1ss actions com ajustes e modificações de grande interesse conceituai e também normativo para os demais países de tradição romano-germânica. Cf. TARU

FFO, Modelli di 1111ela gi11risdizionale degli imeressi co//e11ivi, p. 53. Sobre a teoria das recepções jurídicas cf. HÃBERLE, Peter. "Elementos teóricos de un modelo general de recepciónjurídica." Trad. Emilio M.

Franco. l n : PÉREZ LuNO, Antonio-Enrique (coord.). Derechos humanos y constitucionalismo ame el tercer milenio. Madrid: Marcial Pons, 1 996.

7.2. Modelo da Verbandsklage (tradicional da Europa-Continental) Esse modelo adota a etiqueta alemã das ações sobre normas gerais de contratação, da Lei para o Regulamento das Cláusulas Gerais dos Negócios, também denominadas "ações associativas",83 que, naquele país, primeiro tratou da tutela de interesses coletivos dos consumidores (1 976). Muito embora a Itália, em 1 970, j á contasse com o art. 28 do Estatuto do Trabalho, que previa uma especial legitimação para os sindicatos, e a França com a tutela coletiva da famosa Loi Royer, foi o modelo alemão que melhor descreveu as peculiaridades desse

sistema de proteção. Mesmo que não fique clara a motivaçã.o dessa tutela coletiva, extremamente fragmentada, parece-nos correto afirmar que ela pretende atender a demandas materiais decorrentes dos novos direitos do consumidor, do meio ambiente etc., não tendo sede em uma filosofia comum que oriente uma mudança da perspectiva individual do litígio para a perspectiva coletiva, ao contrário das class actions, onde essa fi losofia está bem presente.84

As características desse modelo podem ser assim identificadas: a) especial legitimação ativa das associações, com a escolha de um "sujeito supraindividual", para tutelar em nome próprio o direito que passa a ser considerado como direito próprio (tutela dos consumidores pelas associações de consumidores, tutela do meio ambiente pelas associações ambientais etc.);85 b) distanciamento da tutela 83. Essa ação emprestou o nome para os diplomas posteriores: "A defesa judicial dos interesses coletivos, em sentido amplo, é realizada na Alemruúia, basicamente através das Verba11dsklagen, que são as ações asso·

ciativas. Embora não recebam tratamento comum, porque se encontram espalhadas e dispersas em diversos estatutos legais. na companhia, em geral, de outras nonnas de direito material e processual pertinentes ao tema regulado, possuem, além da denominação, características essencialmente semelhantes." (MENDES.

Aluísio Gonçalves de Castro, Ações colelivas 110 direito comparado, p. 1 2 1). No mesmo sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual colelivo brasileiro: um novo ramo do direi lo processual, p. 1 1 6.

84. Por isso Gregório Assagra de Almeida, com fondamcnto cm Joaquín Silgueiro Estagnan (La tutelajurisdiccional de los intereses colectivos a lravés de la legi1imació11 de los grupos) afirma que: "Não há na Alemanha instrumentos adequados de tutela coleuva, e até mesmo na doutrina existe divergência cm relação à adoção ou não de tipos de tutela coletiva, corno as class actions do direito norte americano" . . . "Além disso, destaca o citado jurista espanhol que o direito alemão, fundado numa perspectiva individualista, apresenta dificuldades em admitir a tutela dos interesses massificados ao exigir que o interesse seja pessoal e direto" (Direi/o processual coletivo brasileiro, p. l l5-I 16). Reforçando esse sentido, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, anota que no maior evento jurídico realizado na Alemanha anualmente, o de111schen J11ris1en1ages de 1998, foi rejeitada a proposta de introdução de uma ação coletiva de ampla

aplicação no direito alemão. Mesmo assim ressalva que: "O tema da tutela coletiva vem despertando grande interesse nos juristas alemães, tanto no âmbito interno como no externo, valendo notar, em especial, a quantidade e a qualidade de trabalhos voltados para o estudo do assunto no direito comparado, com enfoque no modelo americano das class aclions, e o recente debate relacionado com a incorporação, na legislação local, das diretrizes da União Européia atinente à tutela inibitória coletiva". (Ações coletivas no direi/o comparado e nacional, p. 123).

85. Aqui estamos adotando a posição de Michcle TaruITo, que entendemos ser a mais correta. O tema, longe de ser pacifico, é passional. Corno anota Aluísio Gonçalves de Castro Mendes nem mesmo a doutrina está de acordo com qual é a corrente dominante oscilando entre legitimação extraordinária (Harald Koch) e ordinária (Peter Gilles). Cf. ME DES, Ações cole1ivas 110 direito comparado e nacional, 1 3 1-132. Para uma crítica do perfil constitucional da Itália e da Alemanha, que indica para a tutela ordinária cf., ainda, ZANETI JR., Mandado de seg11ra11ça coletivo, p. 105.



dos direitos individuais de forma extremada e radical, por exemplo, segundo Taruffo a lei italiana sobre meio ambiente não prevê nenhuma hipótese de tutela individual, toda a responsabilidade do dano volta-se para a reparação ao Estado, em uma lógica diversa da responsabilidade aquiliana, uma responsabilidade de direito público; exige-se, ademais, a autorização burocrática concedida pelo poder central (a administração pública inclui o nome das associações em livros ou listas específicas) para que as associações possam representar interesses

coletivos; por fim, e) duas formas de tutela são previstas para as associações, e ') ah·avés da delegação da tarefa de representar o indivíduo, agindo a associação apenas mediante a autorização do titular da relação jurídica individual, método que mais do que uma tutela coletiva constitui apenas modalidade específica através da qual se faz valer um direito individual, e ") hipóteses em que realmente a associação faz valer um direito supraindividual, que são infinitamente mais restritas e excepcionais no sistema. Não se confundem essas hipóteses com as de l itisconsórcio facultativo multitudinário, pois as situações que são tuteladas são situações individuais, não coletivas.

Outra questão refere ao tipo de tutela: d) a tutela predominantemente permitida em juízo é somente aquela em que o pedido contém uma tutela inibitória ou injuncional, tutelas voltadas para as obrigações de fazer e não-fazer. Um exemplo simples e corriqueiro mostra a insuficiência dessa tutela. No caso de poluição, como bem se sabe, a lesão ao meio ambiente é pluriofensiva, atingindo tanto ao bem coletivo (macrobem ambiental), quanto ao bem individual (microbem ambiental). Cria-se assim uma situação absolutamente desconfortante já que "ou bem o titular do direito individual faz valer o seu direito ao ressarcimento do dano na via absolutamente individual com uma ação individual, ou não obtém nenhuma tutela".86 A tutela das Verbandsklage é portanto deficitária também nessa medida.

Assim, extrai-se que os danos coletivos não são reconhecidos neste modelo italo-francês-alemão,87 modelo prevalente, mesmo que não de maneira absoluta, na Europa-continental.88

7.3. Modelo das class actions (modelo norte-americano)

O modelo é originário da Federal Rule nº 23, editada originalmente em 1 938

e reformada sucessivamente em 1 966 e 1983. A motivação da tutela coletiva 86. TARUFFO, Michcle, Moe/e/li di tutela giurisdizionale degli interessi collellivi, p.57.

87. Nesse sentido: "Outra característica comum e básica da ação associativa alemã (Verbandsklage) é a sua imprestabilidade para a persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos." MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, Ações coletivas no direito comparado e nacional, p. 126.

88. TARUFFO, Michcle, Moe/e/li di tule/a giurisdiziouale degli i111eressi

colle11ivi, p.57.

59

FRED E ÜIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

neste modelo está presente na necessidade de proteger os indivíduos ou grupo de indivíduos de lesões de massa, que ficariam sem proteção, ou por falta de

interesse individual ou por ausência de beneficio claro diante de uma tutela muito custosa, complicada ou onerosa. Faz-se necessário identificar também uma "comunhão de questões" uma "identidade fática ou de dire.ito" que una os direitos do grupo ou classe. Aqui o direito percebe a necessidade de tutelar os direitos coletivos lato sensu e tutelá-los de forma integral. Note-se essa importante distinção, sublinhada por Taru ffo, "diritti (non semplicemente gli interesi) di tutti questi soggetti ". 89

Como característica distintiva, este sistema apresenta uma clara diferenciação em relação aos sistemas individuais de tutela; a questão é saber mais o que se quer da tutela coletiva do que como se constroem os objetivos ideológicos do sistema (é um modelo mais pragmático, voltado para a proteção integral do direito).

Destacam-se, ainda:

a) a legitimidade do indivíduo ou de um grupo de indivíduos, particularmente caracterizada a paitir de 1 966 pela presença do forte controle judicial da "adequada representação";

b) a vinculatividade da coisa julgada para toda a classe, quer beneficiando-a, quer prejudicando-a, no caso de i mprocedência da ação;90

c) a adequada notificação pai·a aderir à iniciativa, modificação presente nas reformas de 1 983 que procura fornecer um contraponto à vinculatividade dos membros da classe nas demandas improcedentes. Corno esclareceu Taruffo, "a razão disto é que - como já vimos anteriormente - a sentença que decide uma class action tem efeito vinculante no confronto de todos os membros da classe".

Esse direito é reconhecido como right to opt out ou "direito de colocar-se a salvo"

da coisa julgada. Se o membro da classe entender mais vantajoso fazer valer seu direito corno uma ação individual, ele tem o direito de "sair" do grupo ou classe comunicando ao legitimado que não pretende ser representado na demanda coletiva. Essa mesma ordem ele raciocínio garante o direito de intervir.91

89. TARUFFO, Michc!e. Model/i di tmela giunfdi=ionale degli imeressi collellivi, p.58.

90. Esta é uma das notas distintivas entre o modelo norte-americano puro e a recepção brasileira, aqui a coisa julgada terá extensão erga omnes ou ultra pnrtes sec1111d11111 eve11111m litis, extendendo seus efeitos apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais. Muito embora não se possa repetir a demanda coletiva, nem mesmo com a propositura por outro legitimado, as demandas individuais não ficam prejudicadas em caso de improcedência (mérito) das ações coletivas.

9 1 . Idem, p. 60.

Por último, vale ressaltar a parte uma das características que toma evidente a abissal distância fisiológica entre um e outro modelo: a atribuição de amplos poderes ao juiz (definingfunction) para Abram Chayes é um notável elemento de distinção entre o mode!o tradicional de litígio (vinculado predominantemente a atividade das partes e a uma radical neutralidade judicial) e o processo civil de interesse público.92

7.4. Universalização da experiência norte-americana e brasileira A tendência

mundial é a universalização do modelo das class actions, sem dúvida o mais bem sucedido e difundido enh·e os ordenamentos jurídicos do common law e do civil law. Essa tendência pode ser notada no projeto de Código de Processo Civil Coletivo para a Ibero-América e no Projeto Gidi.93

O modelo brasileiro auxilia em muito na passagem das normas abertas do direito norte-americano para os ordenamentos de civil /aw, não é idêntico ao modelo das class actions, mas nele se inspirou para estabelecer muitas de suas premissas. Ternas importantes como a definição do conceito de direitos coletivos lato sensu, a disciplina peculiar da legitimação por substituição processual e a extensão da coisa julgada secundum eventum litis ou secundum eventum probationis são peculiaridades próprias do direito brasileiro que se repetem nos projetos para a harmonização das regras sobre processos coletivos nos países de civil law por serem imperativos da recepção responsável desses institutos.

Não se pode negar, por outro lado, que a especial abertura do ordenamento brasileiro aos modelos notte-americanos se deve também à forte influência da nossa tradição constitucional. O processo constitucional, com ações como a de mandado de segurança e a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, bem como a configuração do Poder Judiciário como poder revisor dos atos dos demais poderes Oudicial review) são a prolífica herança da Constituição de 1 89 1

e de Rui Barbosa, inspiradas na Constituição Norte-Americana.

92. CHAYES, Abram. "Thc role of the judge in public law litigation". Harvard law Review, vol. 89, nº 7, p.

1281-13 1 6, may 1976.

93. Ambos em anexo. Com diferentes matizes, essa tem sido a tendência geral na américa latina e no mundo.

Conferir, especialmente para o quadro mundial: OTEIZA, Eduardo. Processos Coleclivos. Class Actions.

Buenos Aires, Argentina, 6-9 june 2012. Anais da 1 lntcrnational Conference & XXII! lberoamerican Procedural Law Convention. Especialmente para a situação na argentina: LORENZEITI, Ricardo Luis.

Justicia Colectiva. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010. (com a colaboração de M ariana Catalano); SALGADO, .José María. Tutela lndivid11a/ Homogénea. Buenos AiJes: Astrea, 201 1 ; BEJUZONCE, Roberto O. (ed.). Los Principias Procesales. La PI ata: Platense, 201 1 ; BEJUZONCE, Roberto O. Tutelas Procesales Diferenciadas. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009; VERBlC, Francisco. Procesos colectivos.

Buenos Aires: Astrea, 2007; VERBIC, Francisco. "Por qué es necesario regular los procesos colectivos?

Propuesta de justificaciim de la tutela procesal diferenciada: alejarse de las "ese11cias "y acercarse a los conflitos", São Paulo: RT, 201 O, n. 182, p. 291-314.

FR.EOIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

8. LEGISLAÇÃO E PROCEDIMENTOS RELACIONADOS À TUTELA COLETIVA

Existem vários instrumentos processuais disponíveis à tutela dos direitos coletivos. O problema deve ser v isto 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 permite que sejam propostas todas as espécies de ações (condenatórias, mandamentais, executivas, declaratórias e constitutivas, pouco importa a classificação que se adote). O rol da Lei de Ação Civil Pública, que previa as ações condenatórias para reparação de danos, as ações de ob1igação 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 de ação civil pública (LACP) e no Código de Defesa do Consumidor (CDC, respectivamente, Leis Federais nº 7.347/85 e nº 8.078/90). Esse procedimento funciona como o procedimento comum ou ordinário da tutela coletiva. Nesse sentido, quando a Lei de improbidade administrativa refere no caput do art. 1 7 que "terá o rito ordinário" na verdade deve ser interpretado como o rito estabelecido pela junção do CDC com a LACP, pois se trata do microssistema do processo coletivo94.

Além dele, é possível referir ao procedimento especial do mandado de segurança coletivo (aplicação da Lei Federal 1 2.01 6/2009, com as ressalvas feitas à necessidade de interpretação conforme a Constituição do art. 2 1 desta lei e a lacuna quanto ao regramento da coisa julgada coletiva, oportunamente examinada neste Curso), a ação popular (Lei Federal nº 4. 7 1 7 /65), as ações previstas no CDC

(ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos - arts. 9 1 - 1 00

e ações coletivas de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços -

-

art. 1 02), o mandado de injunção coletivo (para o qual se aplica, no que couber e enquanto não editada legislação específica, o regrarnento processual do mandado de segurança, nos termos do art. 24, parágrafo único da Lei Federal 8.038/90) e ação de improbidade administrativa (Lei Federal 8.429/J 992). 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 Federal 9.868/1999 e Lei 9.882/1 999), contudo em muito pouco serve a estes diplomas a disciplina da ACP e do CDC sobre a matéria.

94. No sentido contrário ver: RABELO, Manoel Alves e FACHETII, Gilberto. "A inexistência de fungibilidade entre ação civil de improbidade administrativa (Lei 8.429-92) e ação civil pública (Lei 7.347-85)".

Revisra de Processo. São Paulo. RT, 2007, n. 153.

Podemos apontar, ainda, para o fato de os processos coletivos estarem intimamente l igados aos novos direitos, desdobrando-se em estatutos legislativos específicos, como a Lei Federal nº 6.938/8 1 que já previa a possibilidade de uma espécie de ação civil pública para a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente (ar.t. 1 4, § l º); a Lei Federal nº 7.853/1989, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a Lei Federal nº 7.9 1 31 1989, para proteção dos investidores em valores mobiliários; a Lei Federal nº 8.069/ 1 990, para a defesa das crianças e dos adolescentes; a Lei Federal nº 1 2.529/20 1 1 , contra as infrações da ordem econômica e da economia popular; a Lei Federal nº 1 0.257/2001 (art. 1 O, usucapião especial coletiva de imóvel urbano - resguardadas as regras específicas sobre a legitimidade previstas no art. 1 2 do referido diploma e o procedimento especial da usucapião) e a Lei nº 1 0.74 1/2003, dispondo sobre o Estatuto do Idoso, prevendo expressamente a proteção judicial dos direitos coletivos lato sensu (arts.

78-93).

Uma análise dos diplomas editados após a CF/88 não cansa de revelar processos coletivos através de normas esparsas no sistema. Um exemplo relevante é a LDB - Lei de Diretrizes e Bases para a Educação. No art. 5° 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. 5° O acesso ao ensino fundamental é diJeito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Min istério 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 cio § 2° cio 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, § 2° da CF/88). Outro exemplo, bastante significativo, é a previsão de tutela coletiva na nova lei para combater a violência doméstica (art. 37, Lei 1 1 .340/06). Ambos exemplos não esgotam as previsões do ordenamento jurídico nesta matéria, mas são suficientes para indicar, sem sobra ele dúvidas, a tônica coletiva aos processos de interesse público, voltados para a consecução de políticas públicas (public law litigation).

Vale referir, por outro lado, que o percurso legislativo não foi apenas de progresso. Ao contrário, apresentou e poderá apresentar ainda 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 . 1 80-35,95 e a tentativa de "confinamento" dos efeitos do julgado coletivo nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, ditado pela Lei nº 9.494/ 1 997. Também pode ser acrescentada como restrição a expressa vedação 95. Em particular, o parágrafo único do art. 1° da LACP, introduzido pela Medida Provisória e vazado nos seguintes tem10s: "Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficios podem ser individualmente detem1inados".

N

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 1, § J º, art. 3º da Lei Federal 10.259/0 1 .

Impõem-se observar que todas as restrições e retrocessos apontados, em maior ou menor medida, procuram favorecer a litigância enh·e Estado e cidadão,

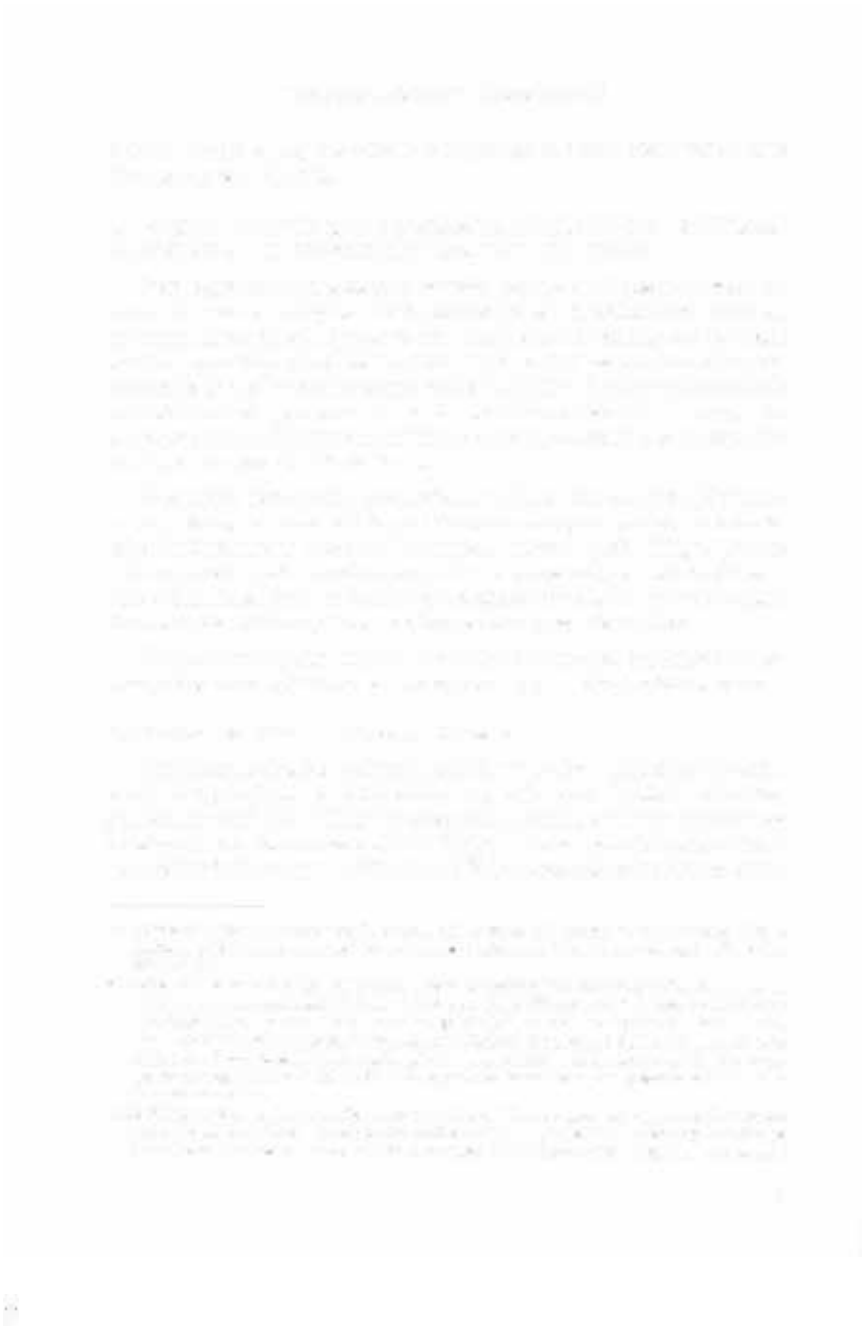
reduzindo a resistência do cidadão em processos individuais. Contudo, é bom ressaltar, a doutrina brasileira e com ela algumas vozes corajosas da jurisprudência não tem cedido brandamente aos ataques deste já denominado "micromodelo processual do Estado".96

Como afirmou Ada Pellegrini Grinover em artigo eloqüentemente 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 situaçã.o, com investidas conh·a 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 M inistério Público a eles recotTer, 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".97

Por último, é bom lembrar que todos os diplomas que tratam do processo coletivo prevêem, direta ou implicitamente, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, por óbvio, naquilo que não contrastar com as disciplinas específicas e não for incompatível. Como se ressaltou, esta aplicação é mais residual, para os casos em que não exista prejuízo da tutela coletiva, do que subsidiária, o que representaria a val idade dos dispositivos sempre que as leis especiais não tratassem do tema, quer dizer: o CPC jamais pode significar um retrocesso na garantia dos direitos fundamentais coletivos. Ocorrendo lacuna e dispondo o CPC em contradição com os princípios fundamentais da tutela 96. Expressão inteligentemente cunhada por Carlos Augusto Silva. Cf. O Processo Civil como Estratégia de Poder: Um Reflexo da J11diciolizaçào da Política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

97. GRlNOVER, Ada Pellegrini. "A ação civil pública refém do autoritarismo". ln: O Processo: Estudos e Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005. p. 236-247. csp. p. 247. 'esse momento não nos parece oportuno adentrar mais no terna, mas fica a referência de que alguns juízes e tribunais, mobilizados pelo Ministério Público e pelos advogados. têm resistido heroicamente as ofensivas do "autoritarismo" contra as ações coletivas.



coletiva, deverá o j ulgador densificar os princípios para a efetividade desses direitos, nunca o contrário.

9. PROJETOS DE CÓDIGO PROCESSUAL COLETIVO E P RINCIPAIS

TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Pretendemos apresentar agora quatro belos projetos de Código Processual Coletivo. A beleza desses diplomas está, para além de sua qualidade técnica notável, no compromisso em todos presente com a melhoria dos instrumentos do direito positivo para a efetivação da tutela coletiva. Tudo em declarada conformidade com os altos ideais que lhe são imanentes: realizar os direitos fundamentais através de uma tutela coletiva que atenda aos anseios de uma sociedade de massa no quadro de um processo civil de interesse público, renovado pela constitucionalização dos direitos e redemocratização do Brasil.

O conteúdo desses projetos será referido ao longo de todo Curso. Neste momento, cabe apenas apresentá-los, saudando-os com aplausos: fruto do trabalho de renomados juristas brasileiros, os projetos (mesmo aquele Código-tipo para a Ibero-América, feito também com juristas estrangeiros) consolidam diversas lições da doutrina brasileira, bem como avanços da nossa legislação coletiva, sem favor urna das melhores, talvez a melhor, entre os países de civil law.

O texto integral desses projetos, incluindo as respectivas exposições de motivos, segue como apêndice deste Curso, com expressa autorização dos autores.

9.1. Projetos de Código de Processos Coletivos

Os projetos analisados aqui serão assim denominados para facilitar a referência: a) Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito - Projeto Antonio Gidi (CM-GIDI);98 b) Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América (CM-IIDP);99 c) Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (CBPC-TBDP); 100 d) Anteprojeto de Código Brasileiro 98. Projeto CM-GIDI foi elaborado em 2002 e publicado na Revista de Processo, cf. GIDI, Antonio. "Código de Processo Civil coletivo. Um modelo para países ele direito escrito". Revista ele Processo, São Paulo, RT, 2003, nº 1 1 1 .

99. O Código Modelo ele Processo Coletivo é um projeto cio lnslit11to Ibero-americano de Direito Processual.

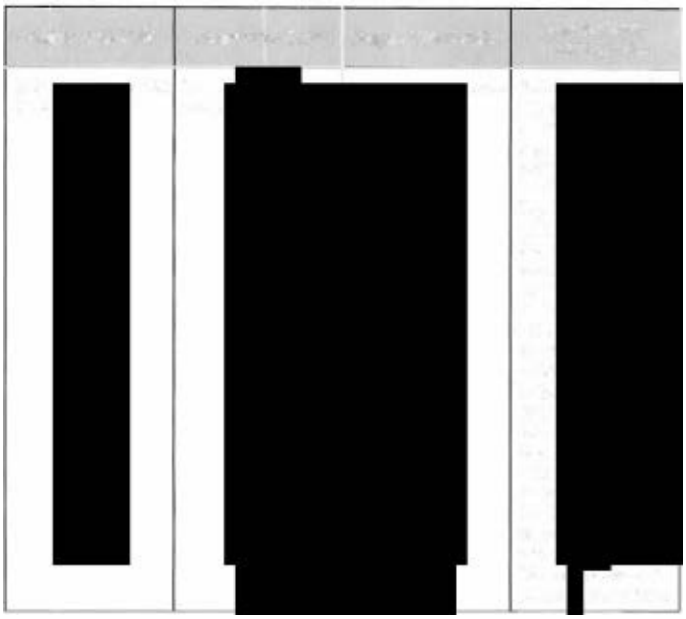
Foi inicialmente elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi e posteriormente revisado por uma comissão composta pelos seguintes juristas: Aluisio Gonçalves de CastTo Mendes, Anibal Quiroga Lcon,

Enrique M. Falcon, José Luiz Vázquez Sotelo, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizoncc e Sergio Artavia. Deve ser salientado, ainda, que o Código adotou em muitas hipóteses as sugestões do projeto de Antonio Gicli (CM-GIDJ), o precursor dos estudos e preocupações com a codificação cio processo coletivo.

100.Elaborado, sob a coordenação da Professora Ada Pcllegrini Grinover, junto ao Programa ele Pós-Gradua

ção da Faculdade ele Dirnito da Universidade de São Paulo (USP), como primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do 65





FREDIE DrDJER .IR. E HERMES ZANETI JR.

de Processos Coletivos (CBPC-UERJ/UNESA), coordenado pelo Prof. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. 101

Abaixo segue um quadro esquemático das matérias colocando lado a lado os índices analíticos dos projetos (por título ou capítulo):

Projeto CBPC-

Projeto CM-UDP

Projeto CM-GIDJ

Projeto CBPC-IBDP

UERJ/ UNESA

Cap. I - D isposições Tít. I - Disposições Cap. 1 -Das Demandas Parte 1 - Das Ações Co-Gerais

Gerais

Coletivas

letivas em Geral; Cap.
I - Da Tutela Coletiva;
Cap. l I - Dos Pressu-
postos Processuais e
das Condições da Ação;
Cap. I H - Da Comuni-
cação Sobre Processos
Repetitivos, do l nqué-
rito Civil e do Compro-
misso de Ajustamento
de Conduta; Cap. IV
- Da Postulação; Cap.
V - Da Prova; Cap. VI
- Do Julgamento An-
tecipado, do Recurso e
da Coisa Julgada; Cap.
Vil - Das Obrigações
Específicas; Cap. Vlll
- Da Liquidação e da
Execução; Cap. I X -
Do Cadastro Nacional

de Processos Coletivos

e do Fundo de Direitos

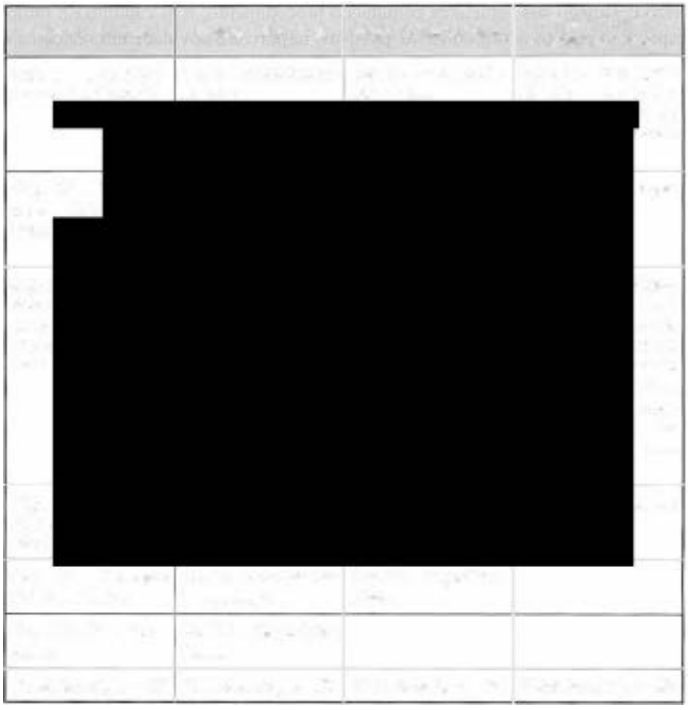
Difusos, Coletivos e ln-

dividuais Homogêneos.

Instituto Brasileiro de Direito Processual e posteriormente ao Ministério da Justiça. Embora estejamos trabalhando sobre a última versão do Ministério da Justiça, gentilmente cedida pelo Prof. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, nos pareceu mais correto identificar o anteprojeto com sua principal incentivadora e idealizadora a Profa. Ora. Ada Pellegrini Grinover, até mesmo como merecida homenagem que prestamos à Maestra paulista pelo carinho e dedicação que tem direcionado ao tema durante grande parte de sua muito fi-utífera carreira acadêmica.

1 O 1 .Elaborado em conjunto nos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) nas disciplinas pioneiras de Direito Processual Coletivo (UERJ) e Tutela dos lnrcrcsses Coletivos (UNESA) sob a coordenação do Professor e Juiz Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, responsável como docente nas disciplinas referidas. Vale referir que o anteprojeto em questão foi elaborado a partir de debates sobre o pano de fundo do primeiro texto elaborado pela Profa. Ada Pellegrini Grinover.





INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO COLETIVO

Projeto CBPC-

Projeto CM-lIDP

Projeto CM-GIDI

Projeto CBPC-IBDP

UERJ/ UNESA

Cap. li - Dos Provi- Tít. II - Procedimento Cap. 11 - Da Ação Co- Parte Il - Das Ações mentos Juridicionais

Coletivo

letiva Ativa

Coletivas Para a De-

fesa dos Direitos ou

Interesses Individuais

Homogêneos

Cap. Ill - Dos Pro- Tít. l l l - Tutela Co- Cap. ITT - Da Ação Parte Ill - Da Ação cessos Coletivos em letiva das Pretensões Coletiva Passiva Coletiva Passiva

Geral

Indenizatórias Tran-

sindividuais do Grupo

Cap. IV - Da Ação Co- Tít. IV - Tutela Cole- Cap. 1 V -Do Mandado Parte I V - Procedimen-letiva para Defesa de tiva das Pretensões ele Segurança Coletivo tos Especia i s ; Cap.

Interesses ou Direitos Jnclenizatórias lndivi-

l - Do Mandado de

Individuais Homogê- duais cios Membros do

Segurança Coletivo;

neos

Grupo

Cap. I I - Do Mandado

de Injunção Coletivo;

Cap. li! - Da Ação

Popular; Cap. 1V - Da

Ação de Improbidade

Administrativa

Cap. V - Da Coisa Tít. V - Ações Coleti- Cap. V - Das Ações Parte V - Disposições Julgada, da Litispen- vas Passivas

Populares

Finais

dência e da Conexão

Cap. V I - Da Ação Tít. VI - Princípios de Cap. VI - Disposições Coletiva Passiva

Interpretação

Finais

Cap. VTI - Disposições Tít. VII - Disposições

Finais

Finais

Total de artigos = 37 Total de artigos = 33 Total de artigos = 54 Total de artigos = 60

Da simples leitura do quadro, é possível aferir que: a) os projetos de Código Modelo são menos extensos do que os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, em parte isto se deve a ausência nos Códigos Modelo de referência aos procedimentos especiais e dos artigos predispostos para a revogação ou adaptação do sistema jurídico brasileiro - disposições finais; b) todos apresentam uma estrutura basicamente reconduzível em: b. l) Parte Geral (porém com funções <li.versas num e noutro projeto);1º2 b.2) capítulo, título ou 102. O ideal seria reconduzir este livro introdutório à função de enunciar os "princípios gerais" do microssistema das tutelas coletivas e caracterizar o conceito de demandas coletivas, bem como, identificar o que se entende ou deve entender por direitos coletivos lato sensu, principalmente esclarecendo o conteúdo dos direitos individuais homogêneos e sua vocação para a tutela "molecular" (v.g., ajluid 67

livro destinado aos caracteres comuns do procedimento; b.3) capítulo ou título específico para as ações coletivas passivas, importante novidade em relação ao sistema atual, principalmente frente a harmonia entre os projetos; b.4) capítulo, título ou livro referente as disposições finais; b.5) todos, de uma ou outra forma, se preocupam em regular expressamente as ações ou demandas para defesa de direitos individuais homogêneos; c) os anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos caracterizam-se pela presença de um livro ou capítulos referentes aos procedimentos especiais.

Para além da leitura do quadro, a leitura dos projetos demonstra que na sistematização temos outros artigos em comum, com redação idêntica ou quase idêntica, seriam os "pontos pacíficos" das propostas de reforma identificáveis em pelo menos três dos projetos (C M-UDP; CBPC-IBDP; CBPC-UERJ/UNESA).

Por exemplo, o objeto da tutela coletiva (clireitos a que se refere). Em todos os projetos o objeto são os direitos coletivos lato sensu, alguns adotando a classificação atual em direitos difusos, os direitos coletivos stricto sensu e os direitos individuais homogêneos (CBPC-IBDP, CBPC-UERJ-UNESA); outros reduzindo apenas aos direitos difusos e individuais homogêneos, com a supressão dos coletivos stricto sensu (CM-GIDICM-IIDP). Quanto aos direitos individuais homogêneos os projetos referidos repetem os termos do CDC, deixando de progredir na conceituação mais precisa, bem como de resolver o problema básico de sua aplicação, caracterizando-os, expressamente e de uma vez por todas, como direitos coletivos lato sensu, nos termos da jurisprudência do STF (RE 1 6323 1 -SP).

Por ouh·o lado, continua presente no texto sugerido a confusão entre os vocábulos "direitos" e "interesses", indicando a manutenção do estrangeirismo

"interesses legítimos" em nosso sistema de processos coletivos, vale frisar: no direito brasileiro o contencioso é uno e a Constituição garante o acesso ao Poder Judiciário frente a lesão ou ameaça aos "direitos" (art. 5°. XX.XV da CF/88).

Ora, como já foi descrito alhures103 o vocábulo "interesses" é desprovido dessa garantia. Portanto, seria de melhor técnica manter a expressão direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, livre da "falsa" impressão de amplitude do vocábulo "interesses". Até porque, como foi dito, quando reconhecida em lei uma determinada posição ou situação jurídica é sempre um düeito.

O único trabalho que não menciona "interesses", preferindo o termo mais técnico

"direitos" é o de Antonio Gidi (art. 1°, CM-GIDI).

recove1y: que resulta na reparação integral do dano independentemente da habilitação dos titulares de direitos individuais).

103. ZANETI JR, Direitos coletivos la10 sens11: a definição co11ceit11al cios direitos difi1sos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais

ho111ogê11eos, p. 234 e ss.

68

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO COLETIVO

N o objetivo de manter o l eitor atualizado s obre os principais debates em processo col etivo foi inserido ao final deste livro o anteprojeto que está sendo deb atido pela Comissão de J uristas, formada pelo ministro H erman B enjamin, pelas professoras Ada Pellegrini Grinover e Claudia Lima M arques, pelo prom

otor de justi ç a d o MPDFT, Leonardo B essa, e pelo d iretor geral do PROCON de São Paulo, Robe1to Pfeifer, especialm ente nomeada pelo S enado Federal para reforma d o CDC.

A p arte processual conta principalmente com a atenção de Ada Pellegrini Grinover e a colaboração de Kazuo Watanabe. M uitos d os pontos d e vista d os autores deste livro foram albergados pela Comissão. Em especial cabe destacar uma sensí vel m elhoria no conceito de d ireitos ind ividuais h om ogêneos, considerados sempre d e interesse público e relevância s ocial, a expressa menção d e q ue a prescrição se dá em razão das normas d e d ireito m aterial e não há prazo prescricional p ara a ação processual, o reforç o de que é cabível controle d ifuso d e constitucionalidade em ações coletivas, a m elhora na disciplina d a prova, com previsão expressa da d istribuição dinâmica conforme as m elhores condi

ções de provar e de utilização d as entidades públicas especializ adas para elaboração das provas periciais, a maior amplitude democrática do processo com previsão de audiências públicas e intervenção de amicus curiae, a previsão de nomeação de interventor por parte d o juiz para acompanh ar o cumprimento das decisões, criação de uma fase d e certificação do processo coletivo, melliorias q uanto a conciliação e os m eios alternativos de resolução d os conflitos coletivos, como p or exemplo, a instituição do avaliador neutro, entre outras.

A virtude desse proj eto é não desconfigurar a tutela coleti va brasileira que é essencialm ente protetiva d os novos direitos sem prejudicar o acesso à justi ç a individual, g arantido igualmente na Constitu ição. N ote-se que se for aprovado o projeto terá infl uência positiva em tod o o microssistema do processo coletivo.

Com o objetivo de manter o leitor atualizado sobre os principais debates em processo coletivo, foi inserido ao final deste livro o anteprojeto que está sendo debatido pela Comissão de Juristas, formada pelo ministro Herman Benjamin, pelas professoras Ada Pellegrini Grinover e Claudia Lima Marques, pelo promotor de justiça do MPDFT, Leonardo Bessa, e pelo diretor geral do PROCON de São Paulo, Roberto Pfeifer. A Comissão foi especialmente nomeada pelo Senado Federal para reforma do coe.

A parte processual coDta principalmente com a atenção de Ada Pellegrini Grinover e a colaboração de Kazuo Watanabe. Muitos dos pontos de vista dos autores deste livro foram albergados pela Comissão. Em especial, cabe destacar:

a) uma seDsível melhoria no conceito de direitos individuais homogêneos, considerados sempre de interesse público e relevância social; b) a expressa menção de que a prescrição se dá em razão das normas de direito material e não há prazo prescricional para a ação processual; c) a consagração do cabimento do controle difuso de constitucionalidade da lei em ações coletivas; d) a melhora na disciplina da prova, com previsão expressa da distTibuição dinâmica do ônus da prova e de utilização das entidades públicas especializadas para elaboração das provas periciais; e) a maior amplitude democrática do processo, com previsão de audiências públicas e intervenção de amicus curiae; O a previsão de nomeação de interventor por parte do juiz para acompanhar o cumprimento das decisões; g) criação de uma fase de certificação do processo coletivo; h) melhorias quanto a conciliação e os meios alternativos de resolução 69

dos conflitos coletivos, como por exemplo, a instituição do avaliador neutro, entre outras. A virtude desse projeto é não desconfigurar a tutela coletiva brasileira, que é essencialmente protetiva dos novos direitos sem prejudicar o acesso à justiça individual, garantido igualmente na Constituição. Note-se que se for aprovado o projeto terá influência decisiva em todo o microssistema do processo coletivo.

9.2. A lógica da nova codificação: platôs filosóficos, razão fraca e racionaHdade

j urídica Para bem entender os movimentos de recodificação é preciso descer às suas condicionantes filosóficas. Estas formam a base ideológica para o seu desenvolvimento científico. Partiremos da premissa de que o direito brasileiro não pode ser comprometido em extremos com uma ou outra corrente filosófica Uurídica ou política). A filosofia só serve ao direito como elemento de debates, regrado pelas considerações pragmáticas da dogmática jurídica que se propõe aplicar o direito na solução de problemas concretos.104 Opções metodológicas profundas, por isso, não podem Levar a bons resultados no campo jurídico. Os modismos filosóficos passam, o direito continua.105

Nesse sentido, é correto afirmar que se raciocina filosoficamente em platôs para solucionar questões jurídicas complexas. Isto porque, ao aplicarmos a técnica dos platôs como planos-limite do debate, permitimo-nos identificar os pontos da discussão e melhorar as soluções dadas sem converter todo o direito, tout court, a uma determinada opção filosófica. Em direito são raros ou i nexistentes os absolutos. "º6 Assim, esta opção metodológica permite que cheguemos a bons resultados dogmáticos sem abandonar os pontos de vista, resta garantida a opção discursiva sem ferir a priori os desdobramentos futuros do debate em outros momentos históricos e em outras circunstâncias fáticas dadas. Aliás, o direito sempre evoluiu dessa maneira.107

Essa visão, ademais, decorre do abandono dos "conceitualismos" da metafísica, da imagem absoluta do "dever-ser" como ápice da realização racional do 1 04. Mesmo no âmbito zctético, espaço privilegiado da teoria crítica do direito, o comprometimento extremado com a filosofia dos conceitos pode levar ao perdimento ou afastamento do objeto juridico.

105. Estas são apenas algumas das excelentes conclusões de PCEZENIK., Aleksander. "'Can philosophy help legal doctrine?" Ra1io J11ris, v. 17, nº 1 , p. 106- 1 17, mar., 2004.

1 06. Como leciona, de maneira expressa. um dos gra11desj11sfilósofos da língua portuguesa: CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Metodologiaj11ndica: proble111asfimda111e111ais. Coimbra: Coimbra, 1993.

107. Para tanto, basta pensar no exercício comparativo que autores do quilate de Gustavo Zagrebelsky e Mauro Cappelleli fazem entre a pnncipialização do direito positivo nas constituições contemporâneas e o retomo ao direito natural. Cf. ZAGREBELSKY. 11 dirilto mite: legge, dirillo, gi11stizia, p. 162-163;

CAPPELLETII, Mauro. O co111rolej11dicial de co11s1i111cio11alidade das leis 110 direito comparado. Tradução: Aro Ido Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1 984. p. 130.

70

direito. ws Indica, ao contrário de uma "razão forte" e apodítica, uma "razão fraca"

e dialética,109 disposta a sacrificios para o entendimento e a melhor solução das questões dadas, mas nem por isso menos comprometida com sua coerência interna (princípio da não contradição) e com o compromisso de atingir a melhor solução no ordenamento (concordância prática).

Tal postw-a permite o ecletismo filosófico de afirmar-se, no mesmo texto, que a razão do direito deve ser uma racionalidade sensível, substantiva e material, processual e comunicativa.

A nossa modernidade requer uma razão sensível, substantiva, processual e comunicativa. Esclareçamos essas expressões: A razão sensível é a que ultrapassa a tradicional cisão entre o sujeito e o objeto, percebendo o i11term11ndo de Merleau

-Ponty. É o que, em outras palavras, aponta Reale, ao situar a relação entre objeto do conhecimento e o sujeito cognescente na 'circunstancia/idade em que o conhecimento se processa', isto é, na experiência não apenas vivida, mas tomada como fonte de extração de sentidos. A razão substantiva é aquela capaz de pensar fins e valores, a que considera o homem como um projeto - sujeito a condicionalismos, por certo, mas voltado à concreção de virtudes. E, por fim, a rclZliO processual e comunicativa é a que não se fecha sobre si, não é axiomática, mas está aberta ao devir e à interação das instâncias culturais.110

A grande contribuição de Judith Martins-Costa, além das muitas já reconhecidas no trabalho da eminente professora gaúcha, que toca em argumento fundamental ao tema proposto, está na identificação de que, na chamada "Era da Recodificação", exige-se uma abertura para elementos "intra-inter-extra sistemáticos" que visem a "construção permanente" do direito, com vias a realização dos direitos fundamentais exigidos pela "ética da situação":

[O] Código já não sintetiza todo o Direito Civil - e nem pretende fazê-lo. Ele requer uma permanente complementação com as demais normas do sistema, em especial com os Direitos Fundamentais, que espelham a tábua de valores essenciais do sistema, a partir do assentamento de um valor base, estruturante e fundante de todos os demais: o da dignidade da pessoa humana, o "valor fonte" de todos os valores.

Daí a idéia de "construção permanente", que é tipicamente culturalista: não uma construção conceituai ao modo pandectista, mas uma construção atada à

experiência social concreta, à "ética da situação". 1 1 1

108. Este também é o sentir de Zagrebelsky, entre tantos, cf. ZAGR.EBELSKY, II dirillo mite, p. 160.

109. Cf VATilMO, Gianni. Para além da i111erpre1ação: o significado da hermenêwica para a filosofia.

Tradução: Raquel Paiva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999; VATIIMO, Gianni. O fim da modernidade. Tradução: Eduardo Brandão. São Pau lo: Martins Fontes, 2002.

11 O. MARTJNS-COSTA, Judith. "Culturalismo e experiência no novo Código Civil". ln: Reflexos do novo Código Civil 110 direi/o processual. Fredic Didier Jr; Rodrigo Reis Mazzci. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 1-22, p. 13.

1 1 1 . MARTINS-COSTA, Judith. C11lt11ralis1110 e experiência 110 novo Código Civil. p. 18.



FREDIE ÜIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Não podemos imaginar diferente em relação ao futuro CBPC, sua proposta de elaboração e principalmente de interpretação deve estar de acordo com estas premissas. Antonio Gidi já defendia esta visão em seu seminal "Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas", ao afirmar que: "ainda que pareça

contraditório, o 'rigoroso' em matéria de direito processual coletivo é ser flexível. O operador que não for flexível não estará atuando com rigor técnico e científ:fico".112 Gidi também propôs, em seu Código Modelo, uma norma de abertura que determina: "Artigo 30. Interpretação flexível. Este Código será interpretado de forma criativa, aberta e :flexível, evitando-se aplicações extTemamente técnicas, incompatíveis com a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais". Correta, também, embora mais modesta, a inclusão da norma de abertura interpretativa nas disposições finais: "Este Código será interpretado deforma aberta e.flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata" (ait. 50 do CBPC-IBDP).113

Seria, contudo, de bom alvitre, incluir uma série de disposições, ao estilo das que já se expressam no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 1 º. - 6º. da Lei Federal nº 8.069/1990), no CDC (art. l º-7° da Lei 8.078/90), no Estatuto da Cidade (arts. I º e 2º da Lei 1 0.257 /200 l), no Estatuto do Idoso (arts. 1º-7º da Lei 1 0.741/03), como título das disposições gerais ou preliminares que trouxessem: a) os objetivos da lei; b) a cláusula de que a lei é, por sua finalidade extra-individual, nonna de ordem pública e interesse social; c) bem como e principalmente, os princípios gerais da tutela jmisdicional coletiva, a exemplo do princípio da atipicidade que determina cabíveis: "todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos", este já incluído na maioria dos projetos, e hoje verba legal do art. 83 do CDC.114

Tratar-se-ia, assim, de determinar-se os objetivos específicos da lei, determinando sua abrangência e critérios para sua apl icação.115 Tal enumeração de princípios, com um breve sumário de sua significação, em rol não taxativo, auxiliaria em muito a aplicação do diploma legal para processos coletivos (CBPC).

Esta técnica legislativa já é a experiência do CDC (art. 4°) e da Lei 9.784/99 que

1 12. GIDI, Antônio. Coisa julgada e lilispe11dê11cia em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 182, aOla 427.

1 13. A nonna vem vazada em redação idêmica no CM-llDP (art. 39), provavelmen1e sua origem, e no CBPC

-UERJ/UNESA (art. 55). Mais in1eressante a redação ousada do CM-GIDl (art. 30).

1 1 4. A nova versão do CBDP-IBDP, encaminhada em janeiro de 2007 ao Ministério da Justiça, agora revisada com as sugestões de aperfeiçoamento de órgãos públicos (Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legisla1ivos, PGFN e Fundo dos Interesses Difusos), bem corno dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo, pensadas criticamente no debate dos professores e pós-graduandos da tunna de 2006 da disciplina "Processos Cole1ivos" da Faculdade de Direito da USP, originaram entre outras mudanças, a inserção do novo art. ::!, que expressamente enumera os princípios do processo coletivo.

1 1 5. Esta é uma das no1ávcis característ cas benéficas dos microssistcmas na "Idade das Constimições'", como asseverou Natalino lrti, L ·e1à dei/a decodificazio11e, p. 14-15.

regula os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal (art. 2º e parágrafo único), entre outras.

9.3. Microssistcmas e códigos: falsa incompatibilidade

Microssistemas e Códigos são incompatíveis entre si?

Entendemos que não.

Os Códigos oitocentistas eram autocentrndos e pretendiam esgotar toda a matéria em uma estrita regulação formal. Não é este o intento dos movimentos de Recodificação. A pergunta então reside em saber: são compatíveis os microssistemas com os Códigos, em que medida e qual o valor de uns e outros para a boa aplicação do direito?

O valor dos Códigos nos ordenamentos jurídicos atuais é enunciar princípios, cláusulas gerais e regras para harmonizar a legislação infraconstitucional com os objetivos da Carta Magna e dos direitos fundamentais nela estatuídos.116 A diáspora legislativa causada pela complexidade e velocidade do mundo moderno necessita deste anteparo para mais bem direcionar não só o aplicador como também os legisladores do direito na atuação cotidiana. A importância da normatização dos princípios e cláusulas gerais está justamente na flexibilidade, na "mitezza" como diria Zag:rebelsky, que permite a rápida adaptação do direito às múltiplas realidades sociais sem a necessidade de ruptma dos tecidos jurídicos. 1 1 7 Ao contrário do que pode parecer, o direito positivo fica mais robusto com estas normas de tessitura aberta, incentivadoras de modelos de previsibilidade jurídica, do que com os rígidos Códigos-regra, das soluções prêt-à-porter que não se importavam em servir ou não para resolver com justiça a questão colocada ao intérprete.

Já os microssisternas, reforçando-se apenas para frisar o ponto, são caracterizados por tratarem de matéria específica, dotada de particularidades técnicas e importância que justificam urna organização autônoma. Não se incompatibilizam com cláusulas gerais ou princípios, antes trazem mesmo os seus próprios, internamente, 1 1 6. Ainda nos servindo do recurso ao recente Código Civil, nas palavras da Profa. Judith Martins-Costa:

"O desafio de normatizar as plurais relações intersubjetivas com base na concreção, perpassa todo o novo Código Civil, seja através de sua linguagem (que alia modelos cerrados e modelos abertos), seja em razão das soluções metodológicas que adota, viabilizadoras de uma intertextualidade com os outros corpos normativos. Essa opera por meio de ligações i111e1; inira e extra sistemáticas com os valores do Ordenamento, notadamente aqueles expostos na tábua axiológica dos Direitos Fundamentais. Tal é a concepção subjacente ao que tenho chamado ele "a Em da Recodificação", em contraponto ao célebre título dado por lrti, nos anos 70, aos ensaios que detectavam a opção ele política-jurídica, então corrente, da descodificação. É uma concepção radicalmente diversa da que orientou o Código de 1 9 1 6, embasado no positivismo

compreendido ao modo das Ciências Naturais.'" MARTfNS-COSTA, Cu/ruralismo e experiência no novo Código Civil, p. 5.

1 1 7. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. li diritlo mire: legge, dirilli, giutizia. Torino: Einaudi, 1992.

como necessidade intrínseca de organização e ordenação dos conteúdos. No caso do processo coletivo, o Título m do Código de Defesa do Consumidor serve, ou pelo menos serviu até o momento, como elemento harmonizador do microssistema da tutela coletiva.

Existem claras vantagens em ampliar o espectro do elemento harmonizador nos processos coletivos. Daí a importância de escrever e promulgar um diploma codificando os princípios informativos e as cláusulas gerais deste microssistema.

A missão do Código é mais do que trazer regras novas ou consolidar a legislação anterior: revela-se no compromisso político-jurídico de garantir uma estabilidade e uma vida mais efetiva para os d irei tos coletivos lato sensu vinculando-os ao texto constitucional, já que são, também eles, reconhecidamente direitos fundamentais.118

Para tanto o seu compromisso assumido deve fazer com que os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos ultrapassem o mero tecnicismo e busquem orientar a futura realização dos direitos coletivos em conformidade com a sua natural evolução até o momento e tendo em vista o horizonte que se pretende chegar com a realização dos direitos fundamentais coletivos.

Transportando as palavras de Natalino I rti para a defesa de um Código Brasileirn de Processo Coletivo que compo11e esta tarefa: "A defesa do Código Civil se prende desta forma, não em disputas sobre técnicas ou métodos de estudo, mas na luta política, capaz de fomentar outros princípios e critérios da disciplina. O

Código, que se l ibere das partes caducas ou das matérias expostas à erosão externa, e se volte poara a defesa do direito privado comum (dos institutos e das disciplinas

- se escreveu há vinte anos pressupostos pelas leis especiais); aquele Código,

-

mais ágil e estável, melhor poderá ser salvaguardado nos ' Valores' essenciais".

9.4. O contraditório como valor-fonte do Direito Processual e a necessidade de

normas abertas no Código Processual Civil Coletivo119

Para que se possa atuar uma tutela processual coletiva com esse grau de comprometimento do juiz e do Estado, é imprescindível equilibrar a relação processual através de uma mudança metodológica: democratizar o processo.

1 18. Ou direitos humanos, como preferem Carlos Weis e Carlos Henrique Bezerra Leite. Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Liquidação na ação civil pública. São Paulo: LTR, 2004. p . 1 9-24.

1 19. lRTI, Natalino. L 'età della decodificazione, 4 ed. Milano: Giuffrc, 1999. p. 12. O trecho vem extraído de um opúsculo inicial ao texto da quarta edição com o sugestivo nome de "l 'età della decodificazione vent'anni dopo" no qual o autor retorna a discussão do célebre ensaio de 1979 fazendo a proposta de busca por uma estabilidade no processo de recodificação, uma estabilidade que vise à construção de um direito privado comum: "stabilità', che, in epoche di incessanti transformazione sociale e tecnologiche, politiche ed economiche, puci esser tutclata soltamo con la sobrietà di istituti generali: non rifiutati né contradeni, ma pressuposli dalle discipline speciale" (ld. p. 8).

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO COLETIVO

O direito processual civil constitucionalizado tem como "valor-fonte" que direciona a convergência de toda a prática jurídica, assim como o direito civil apresenta o conceito de "pessoa humana", o princípio do contraditório. O reconhecimento desta característica democratizante do processo, que não se reduz ao processo civil, assim como a dignidade da pessoa humana não se reduz ao direito civil, representa uma viragem no paradigma racional e político do direito processual civil no Estado Democrático Constitucional. O contraditó1io deve ser entendido na sua feição "dever de debate" (do juiz em relação às partes)

e "direito de influência" (das partes na decisão do julgador), para além da mera oport1111idade de falar nos autos.

É justamente no contraditório como "valor fonte" do direito processual civil que se identifica o movimento convergente para a norma constitucional e seus elevados ideais de realização dos direitos fundamentais. Isto porque, para além da salutar democratização que esta postura oportuniza, não se pode esquecer que o próprio contraditório e o processo civil em geral apresentam-se como direitos fundamentais em si, enquanto instrumentos vocacionados a realização da Justiça constitucionalmente pretendida.

Para tanto, se o "valor fonte" do direito civil obriga a conformação das normas do novo Código com os el.evados ideais da Constituição em um sistema aberto, apto a fornecer modelos jmisprudenciais, também, através do contraditório, poderão ser determinadas "normas-jurisprudência" para a criação de "modelos" processuais tendentes à realização mais efetiva e mais previsível (segurança jurídica) dos direitos a que se propõe o novo Código Processual Civil Coletivo.

Isto significa dizer que para preservar o campo razoável de previsibilidade jurídica o Código de Processo Coletivo deverá apresentar um número determinado de princ ípios gerais ou informativos e de cláusulas gerais que facultem aos intérpretes saber de antemão, a depender das circunstâncias h istóricas, a tendência do microssistema em relação a questões dogmáticas fundamentais.

Esta tendência se apresenta prima facie e impõe o ônus argumentativo aos participantes do debate. Esta é a lição de Judith Martins-Costa ao determinar como dever e responsabilidade do "intérprete/aplicador" formular a cada caso as perguntas destinadas a verificar a coJTeção da solução a ser dada frente ao quadro

"intra-extra-inter sistemático" dos valores e normas dados:

"Penso que assim ocorre porque o Código configura um sistema aberto e móvel, sendo dotado das válvulas de abertura axiologicamente orientadas. As suas cláusulas gerais, conectadas à sua estrutura, permitem a imediata captação de valores, notaclamente aqueles expressos na tábua axiológica dos direitos fundamentais, e a sua difusão no interior do seu próprio cOJpus, desta feita por meio das ligações intra-sistemáticas. Daí que o Código enseja ao

intérprete/aplicador do Direito o dever e a responsabilidade de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve 75

percorrer o ciclo cio reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos, os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral. Em conseqüência, as cláusulas gerais situam o Código no plano da concretude e auxiliam a concretizar os Direitos Fundamentais na dimensão da experiência jurídica,

dinamicamente considerada como dimensão da cultura.12º

É dimensão da concretude porque, viabilizando a 'ética da situação' - o indivíduo situado, e não o ser abstrato - pem1ite, pela concreção judicial dos modelos abertos, a constante alteração do significado e do conteúdo de uma disposição codificada sem modificar a sua letra, evitando, assim, os males da inflação legislativa e da rigidez que, marcando o modelo dos códigos oitocentistas, ensejaram o seu distanciamento do 'direito vivente', da experiência jurídica concreta" (. . .) "Nessa perspectiva, pode o Código assumir a responsabilidade, ética e política, de completar a Constituição, desenvolvendo a função de garantia e proteção da vida civil, e atuando como 'o fio da razão ordenadora', em torno do qual desenvolve-se a nossa história das relações privadas." (. . .) "O Código Civil já não tem, agora, o caráter constitucional que tinha na experiência oitocentista, mas retoma ao centro do sistema para cumprir a função de garantia e assumir a responsabilidade de unificar (melhor diríamos: de harmon izar) o caos irrncional dos microssistemas, promovendo a comunicação, racionalmente ordenada, entre os Direitos Fw1damenta1s e as instâncias normativas infra-constitucionais".121

A proposta de Código de Processos Coletivos deve, p01tanto, viabilizar a harmonização do microssistema da tutela coletiva representando ele um diploma catalisador dos diversos procedimentos assim como hoje procma exercer esta ft.m

ção o CDC, que assumiu este compromisso sem ter sido para tanto vocacionado.

Os valores metodológicos da socialidade, eticidade e operabilidade - próprios do novo Código Civil - devem também estar presentes na proposta de Código de Processos Coletivos justamente porque traduzem as preocupações com a aplicação do "bom direito", para além dos interesses meramente individuais, econômicos ou acadêmicos.

120. MARTTNS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil, p. 19.

1 2 1 . MARTINS-COSTA, Judith. C11lwralis1110 e experiência n o novo Código Civil, p. 20.

CAPÍTULO I I

DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU

(DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS)

Sumário • 1 . Introdução - 2. Direitos difusos - 3. Direitos coletivos striclo sensu; 4. Direitos individuais homogêneos - 5. Direitos individuais homogêneos como direitos coletivos: visão crítica da doutrina dos "direitos individuais coletivamente tratados" - 6. Titularidade dos direitos coletivos lato sensu:

direitos subjetivos coletivos - 7. Critérios para a identificação do direito objeto da ação coletiva - 8. Direitos ou "interesses"? -9.

Ações pseudoindividuais? - 1 O. Ações pseudocoletivas.

1. I NTRODUÇÃO

O momento atual do direito revela a necessidade de efetiva proteção de posi

ções 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, o que levou alguns juristas a afirmar que estes eram

"personagens misteriosos". 1

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. Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos/interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos).2

E[illegible]ta, aliás, é a subdivisão feita pelo atual artigo 8 1 , parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que traz nos seus incisos: I - interesses ou direitos difusos; I I - interesses ou direitos coletivos; III - interesses ou direitos individuais homogêneos.

Obrigató1io advertir que os Projetos de Código Brasileiro de Direito Processual Coletivo regulamentam a matéria exatamente da mesma maneira que o CDC, como já tivemos oportunidade de analisar. Não obstante, existem críticas na doutrina à existência dessas três categorias, sendo que, nos Códigos Modelo (art. 1 º do CM-IIDP e art. l . l . l e 1 . 1 .2 do CM-GTDI), apresentados ao final, houve uma aglutinação dos direitos difusos e coletivos stricto senso em uma única categoria. 3

1 . VlLLONE, La collocazione istituzionale dell'interesse difuso. In: La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Milano, 1 976. p. 73.

2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutel<1 jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos". Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1 984, 3º série, p. 1 95 - 1 97.

3. Cf. GIDJ, Antonio. Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: A cod[ficação das ações coletivas no 77

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

2. DIREITOS DIFUSOS

Apesar de certa homogeneidade obtida com relação aos direitos difusos e coletivos, vistos sob o aspecto subjetivo como direitos transindividuais e, sob o aspecto objetivo, como indivisíveis, sua conceituação sempre foi objeto de dúvida.4 Porém, com o advento do CDC, este problema restou resolvido no direito brasileiro. O Código estabeleceu, no art. 8 1 , par. ún., as categorias que reú11em os direitos coletivos lato sensu, conforme examinado no item I .

Assim, reputam-se direitos difusos (art. 8 1 , par. ún., I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a uma coletividade), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circw1stâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza juridica, 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 juridica base, a proteção ao meio-ambiente e a preservação da moralidade administrativa. Por essa razão, a coisa julgada que advier das sentenças de procedência será erga omnes (para todos), ou seja, irá atingir a todos de maneira igual (art. J 03, I, CDC).

3. DIREITOS COLETIVOS STRJCTO SENSU

Já os direitos coletivos stricto sensu (art. 8 1 , par. ún., I I, 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 urna 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 "paite contrária". No primeiro caso temos os advogados insciitos na. Ordem dos Advogados do Brasil (ou qualquer associação de profissionais); no segundo, os contribuintes Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Em sentido contrário, incluindo os chamados direitos coletivos em sentido estrito na categoria dos direitos individuais homogêneos: " ... os 'interesses coletivos em sentido estrito".

Desconfio, sinceramente, da existência dessa categoria. Para mim, estes são fomias especiais de os interesses individuais homogêneos se expressarem."

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant Class Aclion Brasileira: Limites propostos para o 'Código de Processos Cole1ivos". p. 320. Sobre o CM-IlDP coDfrontar o recente VENTUR.l, Elton. "Conceptuación Legal de los lntereses o Derechos Difusos o Indivicluales Homogéneos". ln: Anlonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord.). Código Modelo de Procesos Coletivos: 1111

diálogo iberaamericano. Ca111en1ários artículo por artículo. México: Porrúa, 2008, p. 1 O e ss.

4. WATANABE, Kazuo, Código brasileira de defesa cio consumidor: comen!ado pelos aulores do anreprojelo, p. 625.

DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU (DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS l-IOMOGÊNEOS) 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" (contTibuintes).

Cabe ressalvar 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 acionjstas da sociedade ou ainda os advogados, enquanto membros de uma classe, quando unidos entre 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. , cont1ibuintes de um mesmo tributo, estudantes de uma mesma escola, contrntantes 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 determinabilidade5 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.

Po1tanto, para fins de tutela jurisdicional, o que impo1ta 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.

Não por outro motivo a coisa julgada será "ultra partes", nos termos do art.

1 03, I I 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. 1 04 do CDC).

4. DI REITOS INDIVIDUA1S HOMOGÊNEOS

O legislador foi além da definição de direitos difusos e coletivos stricto sensu e criou uma nova categoria de direitos coletivos (coletivamente tratados), que 5. Para Kazuo Watanabe, o que diferencia os direitos coletivos dos direitos difusos é a dcterminabilidade 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 contTária (contribuintes de um mesmo lTibuto, 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".

79

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

denominou direitos individuais homogêneos (art. 8 1 , par. ún., III, do CDC). A gênese dessa proteção/garantia coletiva tem origem nas class actionsfor damages, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-

americano.6

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 reclames 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".7

O CDC conceitua l aconicamente os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum,8 ou seja, os direitos nascidos em conseqüência da própria lesão, ou, mais raramente, ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é postfactum (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.

6. 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, J l l, combinado com os arts. 91 a 100 ela lei brasileira. Esta orientação, herdou-a nosso sistema principahuenle cios Estados Unidos, onde se desenvolveu o instituto da chamada class action (Rule 23, Federal Rules 011 Civil Pmcedure, 1 966), que encontra equivalente na relator aclion e nas represenlatives proceedings, do Reino Unido e da Austrália, e no recours collec!if. previsto nos arts. 999 e s. do Code de P1vcéd11re Civile de Quebec, de 19 de janeiro de 1979." (OLJVELRA, 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 despretensiosamente a 'feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos', quando comentava as class ac1io11s for damages do direito nmte-amcricano." (GIDI, A1itonio. 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 cm juízo, na sua totalidade, por apenas um ou vários dos co-interessados, 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. 1 O, nota 24. Sobre as class aclions noite-americanas em relação aos nossos direitos individuais homogêneos conferir, também, PINHO, Humberto Dali a Bemardina de. A nawreza jurídica do direito individual homogêneo e sua ti/feia pelo Minislério Público como forma de acesso à Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 127 e seg.

7. G!Dl, Antonio. Coisa julgada e litispendéncia em ações coletivas, p. 20.

8. "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 lilispendéncia em ações coletivas, p. 30-3 1).

DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU (DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS lIOMOGÊNEOS) 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".9

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 fato10

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. 11

Não por outra razão se determinou no CDC, art. 1 03, J I J, que a sentença terá eficácia erga omnes. Ou seja, como anotou a doutrina os titulares dos direitos individuais serão "abstrata e genericamente beneficiados".12

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 ilícitos que afetam bens jurídicos coletivos ou coletivizados para fins de tutela (D IH). Segundo Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, "uma ação coletiva para a defesa de direitos 9. WATANABE, Kazuo, Código brasileim de defesa do co11s11111idor: come111ado pelos a111ores do 011/eprojelo, p. 629.

10. GLDI, Anlonio. A class aclion como i11slru111e1110 de 1111e/a coleliva dos direi1os. São Paulo: RT, 2007,,p.

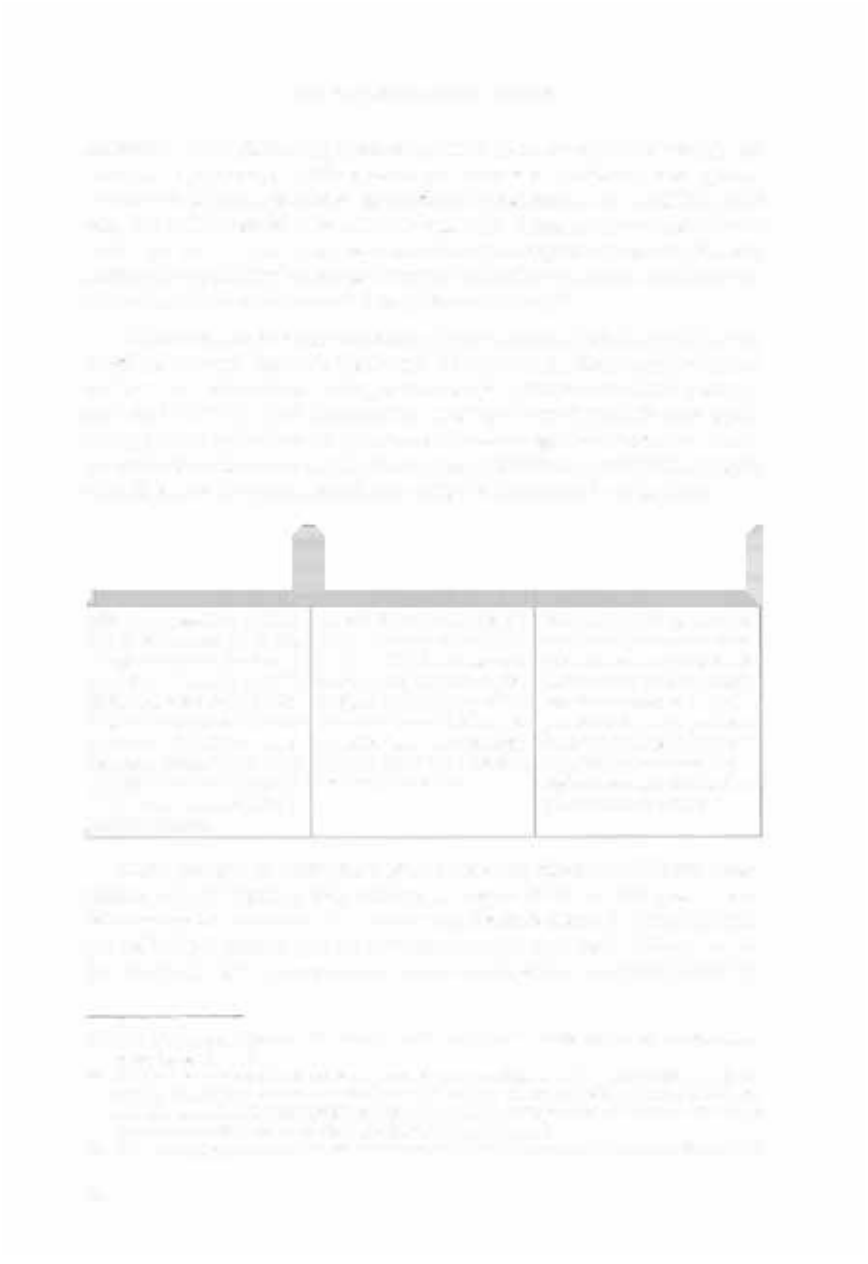
7 1 -88.

1 1 . GID!, Antonio. "Las acciones colectivas en Estados Unidos". ln: GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo F (coord.). Procesos coleclivos: la 1111e/a de los derechos colec1ivos e inclividuales en una perspectiva comparada. México - DF: Editorial Porrlia, 2003. Ressalte-se que esta obra, de excepcional

valor.

porta est11dos sobre os proccssoas coletivos produzidos por autores de diversas nacionalidades.

12. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a lufe/a j11risdicio11al dos direi1os individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1 1 6.







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).13

Como corolário desse entendimento, e ainda da precisa lição de que os direitos coletivos lato sensu têm dupla flmção material e processual e foram positivados em razão da necessidade de sua tutelajurisdicional,14 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. Trata-se de procedimento trifásico de efetivação da tutela jurisdicional, a evidência fica mais clara da leitura do quadro abaixo, com a síntese dogmática desse instituto: lª Fase -

2• Fase -

3ª Fase -

Conhecimento do llicito

Liquidação e Execução do

Liquidação e Execução

lodividual Flomogênco

Direito Individual

Coletiva - FDD.

Não há necessidade de iden- Os arts. 97 e 98 disciplinam a Passado o prazo de um ano, tificar os titulares do direito, forma de execução individual uma vez não ocorrendo a iden-tampouco a extensão dos seus e a possibilidade de execução tificação ou habi litação de prejuízos. o art. 95 do coe coletiva dos direitos indivi- titulares de direitos ind.ividuais dete1111ina que a sentença con- duais. O que importa perceber em número compatível com a denatória será genérica, sendo é que os valores auferidos serão gravidade da lesão, poderá o que o art. 103, ll I do mesmo revertidos para os titulares dos M inistério Público ou qualquer diploma estabelece a coisa direitos individuais lesados, colegitimado promover a liqui-julgada erga omnes (para to- titulares identificados.

dação e execução da indeniza-

dos), sem a necessidade de

ção devida para o FDD.

individualização.

Como exemplo da abstração e generalidade dos direitos individuais homogêneos pode-se referir a ação coletiva de responsabilidade civil pelos danos individualmente causados. esse processo, somente ocorrerá a determinação dos indivíduos lesados quando ingressarem como assistentes litisconsorciais (art. 94, do CDC)15 ou no momento em que exercitarem o seu direito individual 13. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, cit., p. 1 1 4.

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

236 e segs).

15. O CM-11 DP preferiu a mais acenada denominação de assistentes, à equivocada de litisconsortes feita no CDC.

82

ÜIREITOS COLETIVOS LATO SENSU (DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS) 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)16 pelos legitimados processuais sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções individualmente movidas (art. 98 do CDC).17

A idéia de unicidade no tratamento dos direitos individuais homogêneos é clara no CDC. A lei brasileira (art. 1 00 do CDC) determina expressamente que, no caso de passado um ano sem a babilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os entes legitimados propor a liquidação e execução da indenização devida. Nesse caso, reve1te-se o produto para um fundo governamental (criado pela Lei 7 .34 7 /1 985, no art. 1 3 , e regulamentado pelo Decreto 1 .306/94, é denominado Fundo de 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 repetiçã.o. Sobre a liquidação coletiva e ajluid recovery, ver o capitulo sobre liquidação da sentença coletiva.

Como particularidade inovadora, o Código Modelo Ibero-americano exige para a tutela dos direitos individuais homogêneos, a necessidade de se reconhecer

"também a necessária aferição da predominância de questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto." (art. 2º, § 1 ° do CM-UDP). Este detalhamento corresponde à adequação da ação coletiva à tutela de direitos individuais homogêneos. No dizer de Ada Pellegrini Grinover (co

-autora do anteprojeto), revela-se imprescindível a demonstração da prevalência das questões comuns (sobre as individuais) e da superioridade da tutela coletiva

"em termos de justiça e eficácia da sentença".18

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 16. Observe-se a impo11ante reforma processual da Lei 1 1 .232/05 que cria a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento revogando os dispositivos relativos à execução fundada cm título executivo judicial.

1 7. Essa é também a opinião ele Antonio Gidi: "A divisibilidade, perceba-se, somente se manifestarii 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." GIDl, Antonio. Coisa julgada e lilispe11dê11cia em ações coletivas, p. 3 1-32.

18. Cf. GRJNOVER, Ada Pellegrini. "Da class ac1io11for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade". ln: Ação civil pública: lei 734711985-15 anos, coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 200 1 . p. 24.

por uma relação jurídica base. o direito difuso, o grupo é formado por pessoas que não estão relacionadas. Nos direitos individuais homogêneos, o grupo é c1iado, 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 (fixa

ção 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 oconido a lesão, a ação coletiva preventiva (inibitória) para evitar o dano a um número indeterminado de pessoas, relacionadas ou não entre si (grnpo de "possíveis vítimas") terá como objeto um direito difuso ou coletivo, conforme o caso.

Por fim, uma observação didática: os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de um processo individual instaurado pelas vítimas em litisconsórcio por afinidade (art. 46, I V, CPC). Podem, ainda, ser objeto de ações individuais propostas pelas vítimas isoladamente; essas ações, que se multiplicarão, poderão dar ensejo à situação prevista no art. 285-A, CPC, que permite o julgamento liminar de improcedência, quando o magistrado deparar-se com "causa repetitiva", semelhante a uma sobre a qual já se manifestou pela improcedência. Essas "causas repetitivas" são exatamente as causas individuais propostas por vitimas isoladas ou em litisconsórcio, que se acumulam no Judiciário. São exemplos as causas previdenciátias (reajustes de beneficios previdenciários), tributárias (não pagamento de determinado tributo), consumeristas (não aplicação de determinada cláusula abusiva de um contrato-tipo) etc. 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 prolação de decisões divergentes.

5. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS COMO DIREITOS COLE

TIVOS: VISÃO CRÍTCCA DA DOUTRINA DOS "DIREITOS JNDIVlDUA lS

COLETIVAMENTE TRATADOS"

Por último, cabe mencionar o entendimento de parte da doutrina de que os direitos individuais homogêneos (DlH) não seriam direitos coletivos, mas sim direitos individuais coletivamente tratados.19 Ora, pelo que pudemos perceber até 19. Cf. ZAVASCKJ, 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 escol e magistrado, em sua tese de doutoramento junto à UFRGS. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Processo cole-84



ÜIREITOS COLETIVOS LATO SENSU (DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÉNEOS) 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 FDD. Assim, não se pode continuar afirn1ando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notavelmente mais ampla. Ao contrário do que se afirma com foros de obviedade 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 recente escrito na perspectiva criticada, dada à autoridade dos juristas que propõe a revisão desta categoria:

"O 'coletivo', conseqüentemente, 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 - 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' ".20

Esta visão mostra-se excessivamente restritiva e afastaria os DIH dos princípios gerais da tutela coletiva, aplicáveis ao rol expressamente criado pelo CDC, e referendados agora por todas as propostas de Código Processual Coletivo, relegando-os a personagem de segunda categoria na proteção coletiva. Em sentido contrário, contudo, parece se ter posicionado o pleno do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando em julgamento unânime, no RE nº 1 63.23 1 -SP, optou pela admissão desses direitos como subespécie de dixeitos coletivos. Transcrevemos trecho da ementa: "4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 8 1 , I T I ,da Lei 8.078, de l l .09. 1 990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos."21

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 urna vez, que os direitos individuais decorrentes de lesões homogêneas nem sempre serão suficientemente atrativos para sua realização individual, tivo: 111tela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006. Ali o autor renovou 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". ld. p. 42.

20. Cf. ZAVASCKI, Tcori Albino. Processo colelivo: tlllela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos,p.

42-43.

2 1 . Cf. DELGADO, José Augusto. "Interesses difusos e coletivos: evolução conceituai. Doutrina e jurisprudência do STF". Revista de Processo, ano 25, n. 98, p. 6 1 -8 1 , abril/junho de 2000, p. 80. Para consultar a decisão acessar www.stf.gov.br.

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 as condutas individuais, não existe motivação econômica para ajuizar uma ação visando a recuperação de pequenos ou ínfimos valores. Por outro lado, o sistema prevê ofiuid recove1y como possibilidade de liqüidação e execução destes valores, que coletivamente podem representar uma

soma substancial e interessante (art. 1 00 do CDC). Para além da contribuição ao FDD ofluid 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 instrumental idade, para a adequação da teoria geral do direito à realidade hodierna e, dessa forma, para a sua proteção pelo Poder Judiciário.22 Assim, sua conceituação tem caráter explicitamente ampliativo da tutela dos direitos.

6. TITULARIDADE DOS DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU: D I REI

TOS SUBJETIVOS COLETIVOS

Os direitos transindividuais (essencial ou acidentalmente) não possuem titulares individuais determinados, antes pe1tencem a uma comunidade ou coletividade.

A calhar, o enunciado do parágrafo único do art. 1 º da Lei Federal nº 1 2.529/20 1 1 , 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: "A.rt. 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 tiwlaridade do direito material (aspecto subjetivo), temos que o direito difuso pertence a 11111a comunidade formada de pessoas inde1er111inadas e indetermináveis; o direito coletivo pertence a 11111a coletividade (grupo, ca1egoria ou classe) formada de pessoas indeterminadas, mas determináveis; os direitos individuais homogéneos pertencem a uma comunidade formada de pessoas pe1feitamente individualizadas, que também são indeterminadas e determináveis.

(. ..)

22. No mesmo sentido arremata Kazuo Watanabc "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 co11s11111idor: co111e111ado pelos autores do a111eprojeto. p. 623.

86

ÜIREITOS COLETIVOS LATO SENSU (DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGENEOS) 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 homogéneos. Há apenas um único titular - e muito bem determinado: wna comunidade no caso cios direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogéneos. (. . .)

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 11111 todo, através das entidades legalmente legitimadas à sua propositura".23

As categorias de direito expostas (difuso, coletivo e individual homogêneo) foram conceituadas 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 entendet), identifica os titulares dos direitos subjetivos em seu parágrafo único e incisos. Dessa forma, são titulares nos respectivos incisos: 1) direitos difusos: as pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II) direitos coletivos stricto sensu: o grupo, categoria ou classe de pessoas; JJI) direitos individuais homogêneos: os indivíduos lesados, quando a lesão decorrer de origem comum, tomados abstrata e genericamente para fins de tutela.

Com isto temos a absoluta novidade, frente à teoria geral do direito, de admitir um direito subjetivo com titulares coletivos, portanto, um direito subjetivo coletivo, contrariando os dogmas e a finalidade genética dos direitos subjetivos individuais pensados a partir do séc. XV na Europa.24

7. CRITÉRIOS PARA A I DENTI FICAÇÃO 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.

Nesse sentido já decidiu o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo: "Em caso de propaganda enganosa, o dano não é somente daqueles que, induzidos a erro, adquiriram o produto, mas também difuso, porque abrange 23. Ob. cit., p. 22-23.

24. Como a sabido por todos: "Ao direito romano da antiguidade tinham sido completamente estranhos certos conceitos fundamentais da actual teoria do direito privado, encarado como tal (o direito subjetivo, o negócio jurídico, a capacidade juridica e negocial, a pessoajuridica).'" (WIEACKER, Franz. História do direi lo privado moderno. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 254).

todos os que tiveram acesso à publicidade." Presentes estariam elementos para propositura de uma ação civil pública em defesa de direitos difusos e de uma ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos.25

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 entTe a lesão decorrente 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 ouh·o 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 conh·a-propagaoda ou a indenização devida pelo dano já causado (a reve1ter para o fundo de recomposição criado pela LACP).

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 a condenação genérica, art. 95 do CDC. E, ainda, não se pode esquecer da ação individual da empresa concorrente lesada.26

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 afüma 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".27 Atribui, assim, extrema relevância ao direito material, na sua fundamentação, "P1imeiro, 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 25. Súmula CSMP-SP nº 2 apud NERY JÚNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil come111ado e legislação processual civil extravagante em vigo1: 43 ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1 999. p. 1563.

26. GTDI, Antonio, Coisaj11lgada e litispe11de11cia em ações coletivas, cit., p. 20-21 .

27. GJDI, Antonio, Coisa julgada e lilispendencia em ações coletims, cit., p. 20-2 1

INDIVLDUAIS 1-IOMOGENEOS) 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".28

Para Nelson Ne1y Jr. de outra banda, revela-se freqüente o "erro de metodologia" da doutrina e jurisprudência na classificação do tipo de direito coletivo:

"Vê-se, por exemplo, a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o cio 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 cio metodo 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".29 Assim, para o autor, "Da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais".3º

O jw-ista traz o exemplo de um acidente ocorrido no Brasil com um navio turístico, o Bateau Mouche IV. Este acidente possibilitaria várias ações distintas: "ação de indenização individual por LU11a 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".31

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 coJTeta, 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 28. GIDI, Amonio, Coisa julgada e li1ispe11dê11cia em ações colerivas, p. 2 1 .

29. O lexto de GIDI foi publicado e m 1995 enquan10 que a menção por Nelson Nery Jr a o "'ripo de prerensão material" ocorreu apenas em 1 998. Assim, basta uma análise da 4ed do CDC comentado pelos autores do anteprojeto para perceber que ali Nery Jr ainda não mencionava a pretensão de direilo subjetivo coletivo

·•afirmada" como critério para caracterização da ação colc1iva.

30. NERY JUNIOR, Nelson. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos aurores do a111eproje10. Rio de Janeiro: Forense Universi tária, 1 998, p. 778.

3 1 . NERY JUNIOR, Nelson. Código brasileiro de defesa do co11su111idor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universi1ária, 1998, p. 778.

coletivos, um direito "a meio caminho". Nesse particular, revela-se de preponderante imp01tância a con-eta 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.

Por exemplo, em determinada ação onde se afirma 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 afümar, ainda, que existe uma extensão possível de várias pessoas ati11giêlas pela publicidade que adquiriram o produto em erro e que foram lesadas em seus direitos individuais, e que estes direitos, pela caractedstica de origem comum, se configuram como individuais homogêneos.

Requererá, assim e ao final, "a condenação genérica, fixando a responsabi lidade do réu pelos danos causados" (ait. 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 afumado. 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. esse caso, não seria necessário fazer qualquer referência a pessoas lesadas em seus direitos individuais.

8. DI REITOS OU "INTERESSES"?

Na legislação brasileira revela-se comum a denominação conjunta "direitos e interesses" referindo-se a direitos difusos, direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 1 29, inc. l l I da CF/88,32 CDC, LACP33 etc.).

Contudo, em nosso entender, o termo "interesses" é expressão equívoca, sendo que não poucos juristas brasi leiros apontaram a questão,34 seja porque consideraram 32. CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

33. LACP- Lei da Ação Civil Pública.

34. 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". ln: BlTIAR, Carlos Alberto (Coord.). Responsabilidade cMI por danos a consumidores. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 87-1 16. p. 98; PASSOS,

José Joaquim Calmon de. Mandado de segurança cole1ivo, mandado de injunção e habeas dala.

p. 1 1 .; GIDI, Antonio. Coisa julgada e lilispendéncia em ações coletivas. p. 17-18.

90



ÜIREITOS COLETIVOS /,1ITO SENSU (DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÉNEOS) 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 legitimi" e que granjeou espaço na doutrina nacional e, infelizmente, gerou tal fenômeno não desejado.

Por outro lado, a grande maioria dos jmistas nacionais tem preferido manter a expressão "interesses", porque: a) "a expressão direitos traz uma grande carga de individualismo, fruto mesmo de nossa formação acadêmica";35 b) há "evidente ampliação das categorias jurídicas tuteláveis para a obtenção da maior efetividade do processo".36

Ousamos discordar.

Cabe, por dever de precisão, afastar a e1Tonia. Vale lembrar, não se trata de defesa de interesses e, sim, de direitos, muitas vezes, previstos no próprio texto constitucional.

Exemplo de conseqüência não pretendida pelo legislador está na limitação imposta por parte da doutrina ao "mandado de segurança coletivo".37 Os primeiros textos sobre o mandado de segurança coletivo traziam uma adve1tência a respeito da impossibilidade de serem tutelados pelo writ "meros interesses". Nesse sentido manifestavam-se, por exemplo, as vozes autorizadas de José Cretella Junior38 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.39

35. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. 7i11elaj11risdicional coletiva. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60.

36. LEONEL, Ricardo de Ban-os. Manual do processo coletivo. São Paulo: RT, 2002. p. 85.

37. Esta ação tipicamente brasileira, que não encontra similar no direito alienígena, excetuando uma "cena proximidade" com ojuício 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 FlX ZAM\JDIO, Hector, RÍOS ESPINOZA, Alessandro, AL

CALÁ ZAMORA, Nicelo. Tres estudios sobre el 111a11dado de seguridad brasileiío. México: UNAM, 1963.

38. CRETELLA JUNIOR, José. Do mandado de segurança coletivo. 2• cd. Rio de Janeiro: Forense, 199 1 . p. 78.

39. NEVES, Celso. Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo e 111c111dado de injunção. LTr, São Paulo, v. 52, n. 1 1 , p. 1 3 1 5- 1320, nov/1998, p. 1.318.

FREDIE DIDIEK JR. E HERMES ZANETI JH.

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. 8 l , par. ún. do CDC, sendo sua legitimação ad causam, nas ações coletivas brasileiras, atribuída às entidades expressamente listadas na legislação.

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".4º

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 afumado 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 erronia legislativa esforçaram-se os juristas brasileiros. Calmon de Passos, por exemplo, chama atenção para o

"conteúdo ele 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 legitimas, para colocá-los ao lado dos direitos subjetivos, ou pretender excluu· os interesses transindividuais da categoria dos direitos subjetivos é insistir numa visão do direito, do Estado, da organização política e da sociedade já ultrapassada".41

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assevera que o legislador teria agido com melhor técnica no art. 6° do CDC, ao mencionar apenas "direitos básicos do consumidor" ao invés de "interesses e direitos" como fez no Tít. I J l .42 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 40. NEVES, Celso. Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo e mandado de inj1111ção, p. 1 .3 1 8.

4 1 . PASSOS, José Joaquim Calmon de. Mandado de segurança coletivo, mandado de inj1111ção e habeas data.

p. l i .

42. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. ··A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance". ln: BIT

TAR, Carlos Alberto (Coord.). Respo1m1bilidade civil por danos a consumidores. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 87- 1 1 6. p. 98.

ÜIREITOS COLETIVOS /,ATO SENSU (DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS) 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 e acidental segundo a "maior ou menor proeminência do interesse individual objeto da tutela normativa", o que em outro ordenamento pode deten11inar a "atribuição da cognição a órgãos distintos", mas não lhes altera a categoria de direitos submetidos à jurisdição e a sua imperatividade.43 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 erronia 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 coDcepção de pleito cível, lato sensu, que é a do sistema jurídico brasileiro, cm 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 . . . ""

Os direitos subjetivos, no Brasil, se subdividem, portanto, em direitos subjetivos privados e direitos públicos subjetivos.45 O mesmo não ocorre com o sistema

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

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

45. Para uma breve visão sobre as teorias de Jhcring (direito subjetivo como interesse juridicamente protegido), Savigny (direito subjetivo como fenômeno da vontade), .lellinek (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 - li". ln: ENCICLOPl"'DIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, sd. p. 330-334. Hoje seria possível falar em três categorias de direitos subjetivos: os direitos subjetivos slricto sensu ou direitos-prestação (ex.: relações obigacionais 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 detem1inado, especialmente protegido pela norma (poder familiar e dever de educação dos filhos), quer tutelando à coletividade (dever-poder da administração pública de agir cm confom1idade 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, rambém se atua para a satisfação do interesse do sujeito passivo ou para atender interesses superiores, corno o interesse do menor no pátrio poder e o interesse público n o poder-dever 93

italiano que prevê urna 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 djstinção, 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".46 Porém, diferenças à paite, tanto os direitos subjetivos como os interesses legítimos (na doutrina italiana) se tornam concretos como direitos à tutela jurisdicional.47 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 enconb·am-se em território cinzento, a meio caminho entre o público e o ptivado, sendo constantemente referidas como "interessi diffusi" e "interessi collettivt' até mesmo pela sua aproximação, da administração, ambos 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, VIJ do NCC). Na segunda, independentemente da cooperação. Ex. poder

-dever dos órgãos e agentes da admmistração de agir conforme ao interesse público, urna vez que "lodos os poderes deveres concedidos às pessoas jurídicas públicas, ou aos órgãos e agentes, sno 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. 5 1 -64). Nesta categoria (direitos-deveres) se insere a grande pane dos direitos fundamentais não-patrimoniais. Idem, p. 64.

46. OLIVEIRA, Carlos Alberto AI varo de. Do formalismo 110 processo civil,

cit., p.95.

47. Nesse sentido o ensinamento de Michelli "Tanto il dirilto sogget1ivo, per cosi dire, classico, quanto !'interesse legittimo dunque si concretano nella titolarità di un potere di dare inizio ai processo davami ad un organo giurisdizionale per conseguire una forma di tutela giurisdizionale ... "(p.409), segue, "Ma anch'essi dovrebbero esserc considerati, secondo la concezionc salliana, esclusivamentc nella loro proiezione processuale, nell'essere essi «dirilli» alia 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 dei danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legitimi". Rivista di Diriuo Processuale, Padova, v. 19, n.3, p.396-434, giugl./sett. 1964.

DIREITOS COLETIVOS L.ATO SENSU (DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS) por vezes, do que se entende por "interessi legitimi". Como visto, tal 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 j á havia advertido Cândido Dinamarca, verifica-se uma "sutil distin

ção entre os direitos subjetivos e interesses legítimos" que, em conjunto com a discricionariedade do poder administrativo, decorre da idéia fascista de liberdade

política da administração (Poder Executivo), e que foi "usada como escudo" para evitar a censura jmisdicional em regimes totalitários (v.g., o de Mussolini).48

Na esteira do exposto, Antônio 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 tenninologia "interesses". Assim, esta 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 dúplice terminologia adotada pelo CDC. Este trabalho se referirá, indiscriminadamente, a 'direito difuso', 'direito coletivo' e 'direito individual homogêneo'".49 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).5º

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

48. DlNAMARCO, Cândido. li ins1rumen1alidc1de do processo, p. 304. Ver, ainda, VENTURI. Aponlamentos sobre processo coletivo. o acesso à justiça e o devido processo social, ponto. 2. 1 .

49. Cf. GIDI. Coisa julgada e litispendéncia em ações colerivas. p. 17-18.

50. Neste sentido confrontar LEO EL, Ricardo de Barros. Manual do processo coleri•'O. São Paulo: RT, 2002. p. 432. Pelos mesmos motivos, alguns au1ores

brasileiros recentes preferem a manutenção da dupla referência ora a direitos, ora a interesses, preferindo até a denominação interesses por ser mais ampla. cr.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações colerivas: 110 direito comparado e nacional. São Paulo: RT, 200 1 , p. 250 e seguintes; VlGLIAR, José Marcelo Menezes. Tt1telajurisdicio11al coleliva, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60 e seguintes; DlNAMARCO, Pedro da Silva. Ação Civil Pública. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 50.

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 deconem do direito subjetivo prima facie (portanto, não expressas)51 e que merecem igualmente gua1ida pelo Judiciário.52

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".53

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. 5°, XXXV da CF/88).

9. AÇÕES PSEUDOINDIVl DUAIS?

Em recente escrito o mestre Kazuo Watanabe defende a existência de ações pseudoindividuais, quando o resultado de uma demanda individual gerasse necessariamente efeitos sobre toda uma comunidade, como nas ações individuais para coibir ou cessar a poluição produzida por determinada indústria ou aiDda a ação do sócio para propor a anulação de deliberação assemblear (exemplo conhecido de litisconsórcio unitário facultativo).54

5 1 . Convém explicar a expressão "direito subjetivo prima facie", aqui compreendido como principies que asseguram direitos subjetivos. mas servem apenas como razões provisórias para a futura concrctiwção desses direitos, ainda não concretizados, princípios são sempre razões prima facie, regras razões defi11i1ivas. Sobre o tema, ALEXY, Teoria de los derechosfimdamemales,p. 1 0 1 -103 (regras e principies como razões).

52. ALEXY, Roben. Teoria de los derechosfimda111en1a/es. Madrid: Centro de

Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 1 73-245. Este tema foi explorado no tex10 ci1ado onde se afirmou que '"quando existe um direiio este também é justicializável" (Idem, p. 496) visando a superação da resistência à defesa judicial de determinados direitos objetivos fundamentais, assegurados no texto legal, mas cxcepeionados no foro.

Esta. aliás. revelou-se a orientação do nosso Supremo Tribunal Federal no reconhecer direito subjetivo à saúde para concessão de medicamenio para portadores do virus HIV: "O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativajuridica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constitui

ção da República (art. 1 96) ... A interprernçilo da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqliente." 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.

53. WATA ABE, Kazuo. Código brasileiro de defesa do consumidor: co111e111ado pelos a111ores do ameproje-10. Rio de Janeiro: Forense Univers tária, 1 998, p. 623.

54. WATANABE, Kazuo. "Relação entre demanda coletiva e demandas individuais". Revis/a de Processo.



DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU (DlFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS) O ensaio, brilhantemente escrito, traduz a seguinte preocupação:

"Muitos erros têm sido cometidos na praxis forense pela desatenção dos operadores do direito às peculiaridades da relação jurídica material em face da qual é deduzido o pedido de tutela jurisdicional, como a inadmissível fragmentação de um conflito coletivo em múltiplas demandas coletivas, quando seria admissível uma só, ou senão a propositura de demandas pseudoindividuais fundadas em relação jurídica substancial de natureza incindível. Um caso

paradigmático desses equívocos na atualidade, que vem causando enormes embaraços a nossa Justiça, é o pertinente às tarifas de assinatura telefônica. Num só Juizado Especial Cível da capital de São Paulo foram distribuídas mais de 30.000 demandas individuais dessa espécie, que em nosso sentir, na conformidade das ponderações a seguir desenvolvidas, são demandas pseudoindividuais. (Idem, p. 32) . . . Qualquer modificação na cesta tarifária, como a exclusão da tarifa de assinatura, como é pretendido nas ações coletivas e nas demandas pseudoindividuais acima mencionadas, afetará profundamente o equilibrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que é um dos direitos básicos da concessionária e sem esse equilíbrio estará irremediavelmente comprometido o cumprimento das várias obrigações e metas estabelecidas no contrato de concessão ...

Pela natureza unitária e incindível e pelas peculiaridades já mencionadas do contrato de concessão, qualquer modificação na estrutura de tarifas, inclusive por decisão do Judiciário, somente poderá ser feita de modo global e uni fonne para todos os usuários.

Jamais de fonna individual e diversificada, com exclusão de uma tarifa em relação apenas a alguns usuários e sua manutenção em relação aos demais. (idem, p. 33)".

Dessas ilações, desse angustiante problema prático, retira Kazuo Watanabe a seguinte conclusão:

"Resulta de todas essas considerações que qualquer demanda judicial, seja coletiva ou individual, que tenha por objeto a impugnação da estrutura tarifária fixada pelo Estado no exercício do seu poder regulatório, somente poderá veicular pretensão global, que beneficie todos os usuários, de modo unifo1111e e isonômico, tuna vez que a estrutura tarifária, como visto, deve ter natureza unitária para todas as partes que figuram no contrato de concessão e nos contratos de prestação de serviços de telefonia. Uma ação coletiva seria mais apropriada para essa finalidade. As ações individuais, acaso fossem admissíveis, e não são, devem ser decididas de modo global, atingindo todos os usuários, em raztío da natureza incindível da relação jurídica substancial. (idem., p. 34)".

O que surpreende, e com o que, desde logo, discordamos, é com a vedação da tutela dos direitos em seu reflexo individual. Por certo a tutela coletiva se apresenta, em muitos casos, como a mais adequada. Aliás, essa é a conclusão

óbvia que ampara o princípio da primazia da tutela coletiva sobre a individual, ao qual nos referiremos no nosso próximo capítulo.

A vedação de processos individuais, como proposta por Kazuo Watanabe, é impensável no Estado Democráti.co Constitucional, até pela óbvia limitação ao direito de acesso à Justiça. Garantia constitucional universalmente aceita.

São Paulo: RT, 2006, n. 139, p. 29-35.

97

Mas a gravidade do problema prático envolvido exige uma disciplina j urídica processual que comporte a racionalização das decisões judiciais.

Essa disciplina é claramente defendida no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Para o CPBC-IBDP a melhor solução se apresenta na suspensão dos processos individuais até o julgamento definitivo da demanda coletiva.

Os requisitos descritos na norma detenninam a possibilidade de suspensão se os direitos referidos a relação jurídica individual apresentarem-se incindíveis (pela própria natureza ou por força de lei); que exijam decisão uniforme ou global; e desde que tenha sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

O próprio Kazuo Watanabe admite que esta solução poderá, em termos práticos, equivaler à primeira, a nosso aviso, sem o risco de macular o acesso universal à jurisdição e transformar as ações coletivas em capitis diminutio do direito individual de ação na advertência ele J.J. Calmon de Passos55.

As concessionárias não serão prejudicadas pela nova lei, haveria mesmo salutar regramento dessas relações jmídicas. Acrescer complexidade ao litígio, como a proposta de litisconsórcio necessário das Agências Reguladoras feita por alguns doutrinadores, apenas prejudicaria o acesso à Justiça, contradizendo a própria estrutura do CDC, que em várias passagens procura simplificar esse acesso.

Não há privilégio algum. As concessionárias de serviços públicos e o Estado são litigantes habituais, na lição de Boaventurn de Souza Santos, tendo meios para defender muito adequadamente o seu interesse, inclusive como amici curiae em processos individuais. Não pode haver privilégio ao Estado e às concessionárias nesses casos. Há, ao contTário, dever de adequar as tarifas ao equilíbrio econômico da relação contratual, sempre controlável pelo judiciário. Posição diversa implicaria, em um só golpe, a mordaça judicial e o engessamento do direito individual de ação, atributo da cidadania individual, representando, negativa ele acesso à justiça (denegação de justiça), clara e evidente.

1 0. AÇÕES PSEUDOCOLETIVAS

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho defende a existência da situação

diametralmente oposta: ações pseudocoletivas. Segundo o autor, "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 55. PASSOS, José Joaquim Calmon de. \1andado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas da1a, p. 1 1 .

DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU (DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS) inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verifi,cadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito".56

Há de atentar o leitor para o risco de tratar molecularmente as ações para tutela de direitos meramente individuais, aqueles desprovidos das características de "predominância das questões comuns sobre as individuais" e da "utilidade da tutela coletiva no caso concreto" que denotam e caracterizam os direitos individuais homogêneos (art. 26, § 1 º. CBPC-IBDP e mi. 30 CBPC-UERJ/UNESA), e possibilitar a formação dessas ações pseudocoletivas, alertando-se que daí

"freqüentemente haveria litispendência entre as ações pseudocoletivas e as ações individuais, na proporção em que seriam idênticos os pedidos e as causas de pedir, sem falar na discutível sujeição dos particulares à coisa j ulgada da falsa ação coletiva, à falta de normas próprias, já que as regras do CDC apenas cuidam das genuínas ações coletivas, ou na irremissível probabilidade de decisões praticamente contraditórias". 57

Outro problema é identificar pretensões veiculadas de forma conjunta, ora com conteúdo metaindividual, ora com conteúdo meramente individual. Para urna e outra questão, o projeto de Código de Direito Processual Coletivo para os países de civil laH elaborado por Antonio Gidi na esteira do dixeito norte-americano das class actions, procura sanar essas dificuldades conferindo ao juiz um mais amplo poder de conformação do processo (defining fimction). Este poder vai ao ponto de garantir que: "O juiz poderá limitar o objeto da ação coletiva à pa1ie da controvérsia que possa ser julgada de forma coletiva, deixando as questões que não são comuns ao grupo para serem decididas em ações individuais ou em uma fase posterior do próprio processo coletivo. Em decisão fundamentada, o juiz informará as questões que farão parte do processo coletivo". (ati. 1 0, 1 0.5 do CM-GIDI).

1 1 . SITUAÇÕES J URÍDICAS COL ETIVAS 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 difi1sos, coletivos ou individuais homogêneos. Eles são o objeto de um processo coletivo passivo. O estudo do processo coletivo passivo e, conseqüentemente, das situações jurídicas coletivas passivas será feito em capítulo próprio, neste volume do Curso.

56. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 1 14.

57. ARAÚJO HLHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 1 99-202.

CAPÍTULO U I

PRINCÍ PIOS DA TUTELA COLETIVA

Sumário • 1. Jntroduçílo à teoria dos princípios: 1 . 1 . A importância dos princípios no direito atual; 1.2. Fun

ções ou dimensões dos princípios; 1 .3. Jusnaturalistas e juspositivistas; 1 .4. Princípios como fontes primárias; 1.5. Definição de normas-princípio e normas-regra; 1.6. Princípios como razões para regras; 1 .7. Caráter primafacie das

regras; 1.8. Direitos fundamentais como princípios e regras - 2. Princípios da Mela coletiva: 2 . 1 . Consideração introdutória; 2.2. Princípio do devido processo legal coletivo: 2.2. 1 . Generalidades; 2.2.2.

Princípio da adequada representação (legitimação); 2.2.3. Princípio da adequada certificação da ação coletiva; 2.2.4. Principio da coisa julgada diferenciada e a "extensão subjetiva" da coisa julgada secundum eventum /itis à esfera individual; 2.2.5. Princípio da informação e publicidade adequadas; 2.2.6. Princípio da competência adequada (forum 11011 conveniens eforum shopping); 2.3. Princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo; 2.4. Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva; 2.5. Principio do microssistema: aplicação integrada das leis para a tutela coletiva; 2.6. Reparação integral do dano; 2.7. Princípios da não

-taxatividade e atipicidade (máxima amplitude) ela ação e do processo coletivo: 2.7. 1 . Generalidades; 2.7.2. O

mandado de segurança coletivo como instmmento processual para a tutela de direitos cli fusos; 2. 7 .3. A tutela da Igualdade Racial e o Controle Judicial das Políticas Públicas (Lei 1 2.288/201 O - Estatuto ela fgualdade Racial).

2.8. Principio do ativismo judicial - 3. Necessidade de indicação dos princípios na proposta de CBPC ou nas reformas da legislação coletiva

"Positivismo ... é um modelo de e para um sistema de regras" (R. DWORKJN).1

1 . INTRODUÇÃO À TEORIA DOS PRINCÍPIOS

1 . 1 . A importância dos princípios no direito atual

A passagem dos princijJios gerais do direito gradativamente do direito civil, no qual desempenhavam uma função supletiva (colmatação de lacunas), para o campo do direito constitucional é uma das mais importantes conquistas da teoria jurídica do séc. XX. Ela representa também a passagem de uma teoria geral do direito e do processo voltada para o direito civil, para uma teoria geral do direito e do processo com mah·iz constitucional, portanto publicizada2.

"Por muito tempo a discussão entorno aos princípios gerais do direito foi suscitada quase exclusivamente pela presença em alguns códigos de normas indicativas do recurso aos 'princípios gerais de direito' como um remédio para a

incompletude do ordenamento jurídico."

"Uma nova e mais intensa fase de pesquisa sobre a natureza, sobre a validade e sobre o conteúdo dos princípios gerais do direito começou quando o art. 38 do Estatuto 1 . DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 22; na tradu

ção brasileira, para bem compreender a passagem, ler o cap. 2, "modelo ele regras 1", DWORKIN, Ronald.

levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23 e ss.

2. A excelente obra de Luiz Guilhcm1e Marinoni, Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006, descreve com primor o arco desse desenvolvimento, confrontando seus efeitos nos institutos básicos do direito processual civil.

da Corte pennanente de justiça internacional (l 920) enumerou entre as fontes cuja a corte poderia fazer referência para resolver uma controvérsia, além dos tratados internacionais e o costume internacional, em terceiro lugar 'os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações ... A mesma fómmla foi retomada literalmente no art. 38, l e, do Estatuto da Corte internacional de justiça (1 945)."3

Por outro lado, existe uma relação direta entre a gradual (re)valorização da

função criativa do juiz, o seu papel na revelação dos princípios ou de seu conte

údo, e a insuficiência do positivismo jurídico. O papel do direito constitucional é muito grande nesta abertura, pois, por ser um direito menos "compacto"4, um ramo que ainda não se encontra constituído de um corpo de normas orgânico e consolidado por longa tradição jurídica como o direito civil e o direito penal, a função prática dos princípios gerais aparece mais evidente. Até esse estágio do desenvolvimento, os princípios eram considerados apenas fontes secundárias e a sua função criativa era apenas excepcional ou marginal; agora, principalmente em função desse giro copernicano que coloca o direito constitucional como centro da teoria geral do direito, os princípios passam a ter lugar de destaque.

Isso se deve a basicamente dois motivos: a) sua aferição em todos os campos do direito, não mais tão somente no direito privado e, portanto, a sua passagem de tema marginal para tema central da teoria do direito5; b) a revalorização da função nornofilácica do juiz (criativa) e o reconhecimento do uso "não infreqüente e determinante dos princípios na atividade processual, principalmente no âmbito da justiça constitucional e administrativa"6.

Por tudo isso, os princípios jurídicos são um tema de redobrada atualidade7.

3.

BOBBIO, Norberto. "Principi generali di Diritto". ln: Novissimo Digesto /Jaliano, v. 1 3, Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, p. 888.

4. BOBBIO, Norberto. "Principi generali di Diritto", cit., p. 892.

5. BOBBlO, Norberto. "Principi generali di Diritto", p. 889.

6. BOBBIO, orberto. "Principi generali di Diritto", p. 889. Sobre a função nomofilácica, inclusive ressaltando sua função atual de nomofilaquia tendencial cf. KNIJNIK, Danilo. O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior 7iibunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92-93 e 102, citando o clássico "A Cassação Civil" de Piero Calamaadrci e o mais recente "Análise do Juízo Civil de Cassação" de Ferdinando Mazzarella.

7. Muitos autores têm debatido o conceito de principios, bem como se dedicado a estabelecer um rol de suas funções. Outros tantos pretendem uma teoria absolutizante dos princípios de forma a abarcar tanto o seu conceito quanto as

suas aplicações. Podemos aplicar aqui o que Orestano disse a respeito das teorias da ação. São mil e uma as teorias dos princípios, e todas maravilhosas, como as noites de Sberezade. Nossa pretensão, bem mais modesta, é comunicar uma certa unidade de sentido e adotar a concepção forte dos princípios como normas jurídicas e razões para regras, para após utilizar esta concepção no desenho dos princípios do processo coletivo. Para as teorias sobre princípios consultar: ROTHEMBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. 2• tir. com acréscimos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003; Á YILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2003; GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a imerpretaçãolaplicaçào do direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

1 .2. Funções ou dimensões dos princípios

A teoria dos princípios cresceu muito em importância na última metade do século XX. A positivação dos princípios nas constituições modernas, como uma forma de assegurar a presença de normas de justiça, teve um importante papel nessa realidade. 8 Isto porque aos poucos se abandonou por completo a antiga 1 imitação dos princípios como normas subsidiárias, normas de aplicação residual.

Os princípios são normas, não se pode mais questionar a sua vinculatividade imediata, indicam comportamentos que devem ser. Mesmo que apenas exemplificativamente podemos enumerar algumas das funções reconhecidas na doutrina e exercidas pelos princípios.

Os princípios apresentam a função de fundamentos ou base do ordenamento, também chamados nesta função de mandamentos nuc/eare:>"9. Trata-se de uma função diretiva10•

Nesse sentido, podemos dizer que quando a norma formula um juízo de ponderação sobre um determinado conflito de interesses estará, para esses casos, determinando um caminho a ser seguido e, conseqüentemente, um princípio. Por exemplo, quando a nonna prevê que no conflito entre as execuções de direitos individuais e direitos coletivos prevalecerá a satisfação dos direitos individuais (art. 99 do CDC), princípio da prevalência da efetivação dos direitos individuais (coordenado com o princípio do não prejuízo aos titulares de direitos individuais em face da tutela coletiva).

Apresentam urna função de inicio ou origem, também chamadas de verdades primeiras decorrente da aproximação ocorrida no séc. XIX entre as ciências naturais e as ciências jurídicas e sociais. Segundo esta função, os princípios seriam o ápice do sistema, as premissas das quais por extração dedutiva, em uma cadeia fechada de silogismos, se extrairiam as demais normas e as regras aplicáveis aos casos concretos. São princípios porque estão no começo, no princípio, "sendo as 'premissas de todo um sistema que se desenvolve more geométrico"1 1 • Assim:

8. CAPPELLETI!, Mauro. O co111rolej11dicial de cons1i11.1cio11alidade das leis no direiro comparado. Porto Alegre: Sergio Anionio Fabris, 1984. p. 130.

9 . MEL LO, Celso Anlônio Bandeira de. Curso de direi/o ad111i11is1ra1ivo, 15. cd. São Paulo: Malheiros, 2003.

1 O. BOBBIO, Norberto. "Principi generali di Dirilto", cit., p. 887-896. As funções apresentadas por Bobbio são: interpretaiiva, desenvolvida pelos princípios fundamentais escritos na Constituição, os quais devem servir para resolver dúvidas surgidas na interpretação de normas particulares; diretiva, própria dos princípios program�íticos ela Constituição; integrativa, a qual tem estrita ligação com as normas que remelem a função de colmatar lacunas

atribuída aos princípios, e é a mais reconhecida, mas por outro lado também pode ser enlendida corno uma função de criação do direito; e, limitativa, aplicável aos princípios fundamentais das leis do Estado, na sua conformação e dislribuição da competência legislativa (Idem, p. 895-896). Também referidos por BONAVIDES, Paulo. Curso de direi/O co11s1i111cio11a/, p. 284.

1 1 . Luis-Diez Picasso. ·'Los princípios generales dei Derecho en el pensamic1Ho de F. de Castro", in A11uario de Derecho Civil, l. XXXVI, fase. 3º, out./dcz., 1983, pp. 1 .267 e 1 .268 ap11d BONAVIDES, Curso de direi/o cons1i111cio11al, p. 256.



FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

"Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são 'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis"12•

No sentido inverso, é reconhecida aos princípio também uma função indutiva, de ponto de partida (starting point) segundo a qual as respostas devem estar de

acordo com o problema para serem aplicáveis. Nesse sentido o princípio atua normativamente, participa da dogmática jurídica, do sistema das normas. Essa concepção se aproxima do método tópico e pode ser aferida em Paulo Bonavides e Joseph Esser13•

Por último, antes de ingressarmos na preocupação atual, que reside em reconhecer aos princípios o caráter de normas jurídicas auto-aplicáveis, vale lembrar que os princípios possuem também uma função hermenêutica de interpretação, conhecimento, integração e aplicação do direito. Nesta função podemos identificar antecedentes históricos na doutJina dos princípios gerais do direito, utilizados para a colmatação e integração dos sistemas jurídicos codificados, mas principalmente os cânones de interpretação (como faz Canotilho)14• Essa função também remete à noção de postulados normativo-aplicativos, defendida por Humberto Ávila 15• São postulados normativos aplicativos as normas metódicas, metanormas voltadas para o estabelecimento da estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras.

Os princípios da tutela jurisdicional coletiva serão analisados aqui principalmente na sua função normativa e de razões para regras.

A orientação e compreensão correta da tutela coletiva passam, j ustamente, por compreender todo o ordenamento à luz dessas premissas metodológicas, constitutivas da própria essência do microssistema metaindividual. Perceber a existência de uma unidade conformadora de sentido nas funções de base do ordenamento e hermenêutica auxilia na compreensão da ratio legis do processo coletivo. Elas irão auxiliar a aplicação das regras e dos próprios princípios quando estes estiverem reduzidos a enunciados normativos (as normas propriamente ditas decon-em da interpretação destes enunciados)16•

Isto porque, como poderá ser observado da exposição que segue, os princípios (normas-princípio), analisados à luz da perspectiva normativa, têm aplicação 12. REALE, Miguel. Lições preliminares de direi/o. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 305.

1 3 . BONAVIDES, Curso de direi/o co11slit11cio11al, p. 27 1 .

14. CANOTI LHO. Direito Consti111cio11al e teoria da constiwição, p. 1 . 1 6 1.

1 5 . Á VILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60 e 80.

16. CANOTI LHO, Direito Constitucional e teoria da constituição, p. 1 2 1 8; Á VlLA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 23.

imediata e regulam uma série de situações concretas, da mesma maneira que as normas-regra, mas com elas não se confundem. Muito embora não exista hierarquia entre regras e princípios no plano das normas17 é evidente, do que foi acima exposto, que a nossa concepção de princípios procura identificar os elementos que traduzem os valores (a axiologia) da tutela coletiva, exercendo os princípios da tutela coletiva uma função de "princípios como razões para regras" para além de sua imediata aplicação.

1 .3. Jusnaturalistas e juspositivistas

Com o tempo, fonnou-se uma oposição entre os juristas quanto à natureza dos princípios gerais, suas fontes formais e materiais.

De um lado os positivistas, que defendiam a função dos princípios gerais como sendo supletiva e o conteúdo desses como o resultado da abstrnção sucessiva de regras particulares, portanto, uma visão intrassisternática dos princípios (auto

-integração), só se aplicando mediatamente.

De outro, os jusnaturalistas, que pregavam que os princípios eram encontráveis fora do sistema, princípios de direito natural, portanto a integração que proporcionavam era extrassistemática (hetero-integração).

A oposição entre as leituras dos dispositivos que remetiam aos princípios gerais, como o dispositivo previsto no art. 4º da LIBD e o art. 1 26 do CPC, transcritos abaixo, era o grande tema dessa época.

"Art. 4°. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. "(Decreto-Lei nº 4.657 li 942)18

"Art. 1 26. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as nonms legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princ ípios gerais do direito." (CPC).

A leitura de direito positivo que vê os princípios gerais exclusivamente corno normas gerais não-expressas, mas encontráveis por sucessivas generalizações das 17. Nesse sentido vem se formando franca unanimidade na boa doutrina consti1ucional, evita-se assim a péssima e incorreta visão da prevalência dos princípios cm relação às regras, o que acabaria por relativizar todo o sistema. Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. "O modelo combinado de regras e princípios em Ronald Dworkin e Robert Alexy". Revista Processo e Constituição: Cadernos Galeno Lacerda de Eswdos de Direito Processual Constitucional. n. 2, p. 2 1 3-239, Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, maio de 2005; SCl-11 ER, Paulo Ricardo. "Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo". Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro de

2005. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 1 8 de março de 2006; A LEXY, Teoría de los derechos fundamentales, p. 1 00.

18. No Brasil este texto era, e ainda é, conjL1gado com o art. 5º da mesma lei para extrair uma interpretação jusaaturalista e aberta para o sistema. "Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

1 05

normas particulares do sistema, e a do direito natmal (normas que decotTem da razão humana, não escritas, mas que orientam a correta aplicação do direito), pode ser aferida da oposição entre Vittorio Scialoja (Dei diritto positivo e dell 'equità, 1 880) e Giorgio del Vecchio (Sui principi generali del diritto, 1 9 2 1). 1 9

Destaca-se importante trecho de Mauro Cappelletti, demonstrando como a constitucionalização do direito atuou para resolver essa pendência:

"A Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico. Um retorno, porém, que é também consciência da superação dos velhos esquemas jusnaturalistas: de um direito natural entendido como absoluto e eterno (e, portanto, imóvel) valor, a um jusnaturalismo histórico, direito natural vigente; um fenômeno, como cada um vê, perfeitamente paralelo ao da passagem da metodologia apriorístico-dedutiva de um abstrato universalismo, à superação das últimas fases nacionais do positivismo, através dos instrumentos realísticos-indutivos do método comparativo"20•

Um dos grandes objetivos deste estágio da teoria jurídica- denominado, brevitatis causae, de pós-positivismo - é exatamente o de tentar superar os problemas do positivismo, sem retornar ao j usnaturnlismo, segundo o panorama histórico traçado por Luis Roberto Barroso. Uma das técnicas desenvolvidas para atingir tal desiderato foi o desenvolvimento da máxima/princípio/postulado da proporcionalidade, considerada por alguns como o princípio dos princípios (Willis Santiago Guerra Filho), verdadeira quinta-essência da teoria jurídica contemporânea, que busca estudar o Direito por um prisma mais substantivo, reconhecendo força nonnativa aos princípios e pugnando pela máxima efetividade dos direitos fu ndamentais.

O princípio da proporcionalidade seria o mecanismo dogmático de controle do conteúdo das decisões jw-ídicas sem que fosse necessária a referência ao Direito Natural. O enfoque da teoria j urídica retornaria ao elemento substancial do Direito, sem esquecer as conquistas da concepção formalista. É uma tentativa de síntese.

"A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo

abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difüso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais"21 •

19. BOBBIO, Pri11cipi generali di dirilro, p. 889. Muito embora Bobbio indique que venceu a concepção jusposilivista no ordenamento iatemo italiano, com a entrada em vigor do Código Civil, ressalva que ao mesmo tempo no direito internacional reacendia o espaço para os jusoaturalistas.

20. CAPPELLETII, Mauro, O Controle Judicial de Co11s1i111cionalidade das Leis no Direito Comparado.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1 984. p. 130.

2 1 . BARROSO, Luís Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos cio Novo Direito Constitucional Brasileiro". A nova inte1pre1ação co11stit11cional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 26-27.

PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

1.4. Princípios como fontes primárias

Outra grande polêmica envolveu a natureza dos princípios, a caracterização ou não dos princípios como normas jurídicas.

Betti afirmava que "os princípios gerais não são normas, mas ' orientações e idéias de política legislativa', tendo valor ' de critérios diretivos para a interpretação e de critérios programáticos para o progresso da legislação"

(Jnterpretazione de/la legge e degli atti giuridici). O maior desejo de um princípio, sua maior felicidade seria ser traduzido em urna regra. Existiria aqui, segundo Bobbio, possivelmente uma confusão entre o procedimento com o qual o j urista ou o juiz formula os princípios e a sua função22.

A doutrina que se tornou prevalente, defendida por Crisafulli, entendia que os princípios gerais eram nonnas, quer porque extraídos por sucessivas generalizações de normas particulares, quer porque a função a que servem, mesmo quando é impossível retirá-los de nom1as paiticulares (regras) e geralmente na falta destas normas particulares (regras), é sempre aquela de fornecer prescrições,

"isto é modelos de conduta, aos operadores jurídicos: a sua função não é diferente daquela que cumprem as normas particulares"23.

A diferença entre uns e outros está que uns identificam "princípio" com valores inspiradores de um sistema jurídico, em uma interpretação restritiva do conceito de princípios; os outros utilizam o termo norma em uma acepção mais ampla, compreendendo qualquer enunciado que contenha uma orientação ou impulso para a ação24.

Quando se fala de fontes do direito sempre se tem em mente a dupla distinção entre fontes formais e fontes materiais. Se acima ficou clara a questão da fonte material dos princípios, devemos ainda acrescentar uma pequena nota sobre as fontes formais.

Aqueles que identificavam o princípio a partir da ótica positivista estrita não tiveram nenhuma dificuldade de conceber as fontes formais como sendo o próprio conjunto de leis já escritas, de onde, após sucessivas abstrações, o intérprete extrairia o princípio geral adequado.

Por outro lado, a corrente j usnaturalista, sem aceitar a communis opinio que se formou na Europa sobre o tema, utilizou as normas que prevêem a referência aos princípios (como o nosso ait. 4º da LIBD) para possibilitar a sua entrada no sistema, sem negar a prevalência da lei escrita - como noticia Bobbio, nos países

22. BOBBIO, Norberto, Principi genera/i di diritto, p. 890.

23. BOBBIO, Norberto, Principi genera/i di diritro, p. 890.

24. BOBBIO, Norberto, Principi generali di diritlo, p. 890.



onde não havia norma de abertura como essa, a validade formal desses princípios era extraída dos costumes.

O mais importante é perceber que, na verdade, o conteúdo e a validade dos princípios como fontes formais também decoJTem da sua aplicação pela jw-

isprudência. Nesse sentido Bobbio é expresso:

"Somente hoje, no âmbito de uma doutrina sempre mais atenta, também nos países de direito codificado, à função insuprimível da jurisprudência na transformação e na evolução de w11 sistema jurídico, vai abrindo caminho a idéia de que os princípios gerais são o produto específico da obra inovadora da jurisprudência, o meio precípuo através do qual se abre um espaço, em países tradicionalmente hostis, a jurisprudência como fonte autônoma do direito."25

É interessante notar, finalmente, como Norberto Bobbio vai construindo suas soluções ao longo do texto partindo da abertura maior que apresenta o direito administrativo e o direito constitucional, por serem ramos mais novos na tradição jurídica dos países romano-germânicos26. Ocorre-nos a nítida impressão de que a publ.icização do direito tem fo1te vinculação com a principialização, sendo mn processo indissociável do outro, ptincipalmente nos Estados Democráticos de Direito. Um dos exemplos dados é de clareza solar para essa conclusão: no país de Napoleão, um jurista francês pôde afirmar, no ramo do direito administrativo

"os principias são os mestres"27•

1.5. Definição de normas-princípio e normas-regra

A definição de normas-princípio e normas-regra é importante também para os processos coletivos.

Deve ser abandonada uma distinção fraca, que se baseava exclusivamente no caráter mais genérico e subsidiário dos princ ípios em relação a maior objetividade e concretude das regras. Ambas são normas vinculativas de comportamentos28•

25. BOBBIO, Norberto, Principi generali di dirillo, p. 892.

26. BOBBlO, orberto, Pri11cipi generafi di diritto, passim.

27. M. Letourneur apud BOBBIO, Principi generali di diritto, p. 892. Importante frisar que o mesmo não acontece com o direito privado, e com boa parcela do processo civil, como já referimos, justamente por serem ramos mais "maduros" na tradição romano-germânica.

28. Os dois expoentes dessa doutrina são respectivamente Ronald Dworkin (DWORK.IN, Ronald. Taking rigfrts seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977) e Robert Alexy (Teoria de los derechos f1111damenta

/es). A diferenciação fundamental reside na conceituação mais estrita dos princípios em Dworkin, que dividem espaço com os bens coletivos (principies e policies), enquanto para Alexy assumidamente os princípios

"podem referir-se tanto a direitos individuais como a bens coletivos" (Teoria de los derechosfunda111en1ales, p. l 09 - bens corno: saúde pública, abastecimento energético, segurança da República, porteção da ordem democrática em liberdade, etc., podem ser tutelados pelo Judiciário). Contudo, equivoca-se, em certa medida. Alexy ao detem1inar que os princípios para Dworkin só se referem a direitos individuais (idem, p. l l l).

isto porque, ponto importante para o nosso estudo. também para Dworkiu os direitos de grupos podem ser 108



PRINCiPIOS DA TUTELA COLETIVA

Princípios e regras são normas - ambos exprimem o dever ser -, ambos são formulados com as expressões deônticas básicas: mandado, permissão e proibi

ção - identificam-se nas regras e nos princípios razões para juízos concretos de dever ser, muito embora de espécie bem diferente (ALEXY)29.

Nesse sentido, Canotilho preleciona que: "A teoria da metodologia j urídica tradicional distinguia entre normas e princípios (Norm-Prinzip, Principles-rules,

Norm und Grundsatz). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies ele normas; (2) a distinção entre regras e princípios é urna distinção entre duas espécies ele normas".30

A distinção qualitativa fundamenta-se justamente no ponto decisivo de que

"os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibil idades jurídicas e fáticas existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização [também permissões e proibições] que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também dasjurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princ ípios e regras opostos"31 • Os princípios podem ser também mandados de maximização quanto às possibilidades fáticas, quando não se encontram em relação a princípios opostos que os limitam. Robert Alexy deixa de lado essa denominação tão só por entender que a relação com outros princípios é constitutiva para o conceito de princípio32; os diferencia das regras, mas é evidente que os princípios também para ele são voltados para atingir ao máximo uma finalidade, portanto, nesse sentido, normas finalísticas.

representados em forma de princípios: "Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of community as a whole. The argument in favor of a subsidy for aircrafl rnanufacturers, that the subsidy will protect national defense, is an argument of' policy.

Arguments of principie justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group righ1. The argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has right to equal respect anel concern, is an argument ofprinciple." (DWORKIN, Taking rig/us seriously, p. 82 - itálico nosso). O exemplo deixa claro, como não poderia deixar de ser, já que Dworkin esta imerso no universo das class actions, que também os direitos coletivos podem ser indicados por normas-princípio. Portanto, muito embora mais adiante o autor aflrn1e "Arguments ofprinciples are arguments intended to establish a individual rights; arguments ofpolicy are arguments inteoded to establish a collective goal" (idem, p. 90). O que distingue uns e outros é o fato de, para Dworkin, os princípios resultam em direitos, enquanto que policies, seriam mais adequadamente, a definição pura e simples de politicas públicas

para o bem comum (idem, p. 90).

29. ALEXY, Teoria de los derechosjimdamentales, p. 83.

30. CANOTI LHO, Direito constitucional e teoria da canstituição, p. 1 . 160.

3 1 . ALEXY, Teoria de los derechosji.tndamentales, p. 86.

32. Cf. ALEXY, Teoria de los derechosjimdamentales, p. 9 1 , nota 37. Com isto supera-se a crítica de Humberto Ávila de que os princípios não são eles mesmo mandados de otimização (Á VlLA, Humberto, Teoria dos princípios, p. 53-55). Só são mandados de otimização, como versa Alexy, em relação aos demais princípios Uá incluída a possibilidade de colisão), desconsiderada essa dimensão são "mandados de maximização", devendo ser realizados na medida máxima das possibilidades fáticas, uma vez que afastada a possibilidade de contradição jurídica a ser superada (não há princípio antagonista).

N

Já as regras, por sua vez, são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda a norma ou é uma regra ou é um princípio33•

Conflitos de regras se resolvem na dimensão da validade, as colisões de princípios se resolvem na dimensão do peso34-35.

Casos haverá em que, na solução do conflito de regras, identificar-se-á um falso conflito. Por exemplo, quando uma regra predispuser uma exceção a outra: nesses casos, ambas iJ·ão permanecer válidas. Já na solução da colisão entre princípios teremos a formulação de uma "lei de colisão" para o caso concreto, segundo a qual "as condições abaixo das quais um princípio precede ao outro constituem o suposto de fato de urna regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio precedente", daí também podermos afirmar que o resultado da ponderação se apresenta como norma de direito fundamental "atribuída" ao caso36_

33. ALEXY, Teoria de los derechosfundamentales, p. 87. É importante atribuir a precedência da fixação destes conceitos a Ronald Dworkin que, partindo da relação entre o papel e a força que os princípios e regras tem na argumentação jurídica, determinou que as regras "são tudo ou nada" (DWORKIN, Ronald. Taki11g righ1s seriously. Carnbridge/Massachussets: 1 larvard University Press, 1977/1978.) Outra conseqüência da tese de Dworkin é a identifiação do positivismo como um modelo de regras (idem, p. 22). Contudo é importantíssima a observação de Paulo Bonavides que chama atenção para o fato ele Dworkin efetuar uma distinção entre princípios e policies (bens coletivos) "ao contrário de Alexy, que alarga o conceito e insere neste os referidos bens. Em Dworkin os princípios entendem unicamente com os direitos individuais, o que já não acontece com Alexy, cujo conceito tem mais amplitude." (BONAVIDES, Curso de direi10 cons1itucional, p. 281).

Revela-se dessane óbvia a escolha pela teoria de Alexy em u111 curso de processo coletivo.

34. ALEXY, Teoria de los derechos jimdametl/ales, p. 89.

35. Há ainda uma importante proposta ele distinção elaborada por Humberto Ávila, segundo a qual os princípios e as regras se distinguem por hipó1ese provisória ou dentro ele u111 determinado modelo de interpretação e aplicação (dissociação heurística). Nesse sentido: "Co1110 já foi examinado, as non11as são construídas pelo intérprete a partir de dispositivos e cio seu significado usual. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto ne111 a ele pertencem, mas são, antes, construídas

pelo próprio intérprete. Por isso a distinção entTe princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer com valor empírico, sustentado pelo próprio objeto da inrerprc1ação, quer com valor conclusivo, não pe1milinclo antecipar por completo a significação normativa e seu modo ele obtenção." (Á VILA, Teoria dos princípios, p. 60). A premissa básica pode ser aferida no contexto da seguinte afirmação: ".justamente porque as nonnas são construídas pelo intérprete a panir cios dispositivos que não se pode chegar à conclusão ele que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete." ão há total liberdade, o intérprete está vincuJado aos fins, a preservação de valores e a manutenção e busca de determinados bens jurídicos essenciais predetenninados pelo ordenamento jurídico: "O decisivo, por enquanto, é saber que a qualificação de determinadas normas como princípios ou como regras depende da colaboração constitutiva do intérprete." (Idem, p. 26). O autor propõe ainda uma nova classe: os postulados nonuativos aplicativos, normas que estrunrrarn a aplicação de outras normas (também chamados de metanormas, normas de segundo grau, "princípios de legitimação", máximas ou lopos argwJ1cn1ativo, normas metódicas). Cf. Á VILA, Teoria dos princ ípios, p. 79 e ss.

36. ALEXY, Teoria de los derechosjimda111entales, p. 90-98.

PRJNCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Na lição de Cano ti lho, seguindo de perto A lexy, Dworkin, Zagrebelsky, Eros Grau e W. Borowsky: "Os princípios interessar-nos-ão, aqui, na sua qualidade e verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimiza

ção, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os

condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas jurídicas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothingfashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituirem exigências de optimização, permitem o balanceamento consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos."37

1.6. Princípios como razões para regras

Consoante a lição de Esser, os princípios não são eles mesmos diretrizes determinativas, mas sim razões, critérios e justificativas para diretrizes (regras)38• As regras dentro de um determinado sistema jurídico serão, portanto, o fruto dessa determinação pelos princípios.

Alexy defende que, rnu.ito embora este não seja um critério válido para distinguir princípios de regras em toda a sua extensão, os princípios como razões para regras têm pelo menos um ponto correto, na medida em que externam uma determinada maneira de ser dos juízos concretos de dever-ser. Este juízo decorre da aplicação de uma regra prevista no ordenamento ou da fomrnlação de uma lei de colisão para a afirmação de uma regra para o caso, em decorrência da conh·adição entre dois princípios. Enquanto as regras formulam razões definitivas aos princípios fica reservada a tarefa de estabelecer razões primafacie.

" ... a caracterização dos princípios como razões para regras indica um ponto correto.

Reflete o caráter diferente de regras e princípios como razões para juízos concretos de dever ser. Quando uma regra é uma razão para um juízo concreto de dever ser que se deve pronunciar, como acontece quando é aplicável e não permite nenhuma exceção, então é urna razão definitiva. Se este juízo concreto de dever ser tem como conteúdo o fato de que a alguém corresponde um direito, então este direito é um direito definitivo. Ao contrário, os princípios são sempre razões primafacie. Considerados em si mesmos, estabelecem somente direitos

primafi1cie ... As decisões sobre direitos pressupõem a determinação de direitos definitivos. A via desde o princípio, quer dizer, do direito primafacie, até o direito definitivo, transcorre, pois, através da determinação de uma relação de preferência. Porém, a determinação de uma relação de preferência é, de acordo com a lei de colisão, o estabelecimento de uma regra.

37. CANOTlLI-10, Direito constitucional e teoria da conslituiçcio, p. 1 .1 6 1 .

38. ESSER, J., Grundsatz und Norm, pág. 5 1 apud ALEXY, Teoria de los derechos fundamentales, p. 1 03.

Por isso, pode se dizer que sempre que um principio é, em última instância, urna razão básica para um juízo concreto de dever ser, este princípio é uma razão para uma regra que representa uma razão definitiva para este juízo concreto de dever ser.

Os princípios mesmos nunca são razões definitivas."39

1 .7. Caráter primafacie das regras

Muito embora não se possa identificar a priori se um determinado enunciado normativo traduz sempre uma regra ou um princípio, até porque não há correspondência expressa entre texto e norma40, muito menos entre norma e dispositivo normativo41, pode-se, por outro lado, identificar enunciados que têm uma maior propensão para aplicação como regras, pois determinam uma conduta a partir da descrição de um determinado suporte fático.

Justamente por isso, podemos dizer que as regras atuam mais presentemente que os princípios. As regras têm uma força que caracteriza sua maneira de ser e detetmina uma aplicação mais certeira de seu conteúdo, além de terem ao seu favor o princípio formal de sua instituição (devido processo legislativo, decorrente do princípio democrático), que nada mais é do que o corolário da presunção de sua constitucionalidade e validade no ordenamento jurídico.

O legislador quando estabelece um enunciado normativo com clara feição de regra está efetuando desde logo um juízo de ponderação entre princípios, estabelecendo, segundo uma correlação de pesos e medidas historicamente detenninada, qual o sentido principal que indica a justiça em abstrato para determinados casos.

Um exemplo deste processo de ponderação pode ser coibido das normas que condicionam a concessão de liminares em tutelas coletivas à oitiva da pessoa jurídica de direito público no prazo de setenta e duas horas42. Há clara intenção do legislador de conferir mais segurança j urídica em face dos riscos concretos de uma liminar em uma demanda coletiva.

39. ALEXY, Teoria de los derechosfundamentales, p. 102-103.

40. "Texto e norma: O recurso ao 'texto' para averiguar o conteúdo semântico da nom1a constitucional não significa a identificação entre 1ex10 e norma. Isto é assim mesmo em termos lingüísticos: o texto da norma é o 'sinal lingüístico'; a norma é o que se 'revela' ou 'designa'". (CANOTILHO, Direito Cons1i1ucio11a/ e teoria da constituição, p. 1.218; ALEXY, Teoria de los derechos fimdamentales, p. 76, em nota, fazendo referência também ao desenvolvimento da mesma idéia no Teoria da 01g11111e11tação jurídica).

4 1 . No

"

rmas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Dai se afirmar que os dispositivos se constituem objeto da interpretação; e as normas no seu resultado [Ricardo Guastini, Teoria dogmatica dei/e fonti, p. 16; Dai/e fo111i alie norme, p. 20 e ss.]. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver dispositivo que lhe sirva de suporte". (À VI LA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicaçâo dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23.) 42. A Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, estabelece em seu art. 2º: "Arl. 2º No mandado ele segurança coletivo e na açâo 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".



PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

O caráter primafacie das regras é distinto do caráter primafacie dos princípios.

Estes fazem dessa característica um mandado de otimização (razão fraca); aquelas fazem de seu caráter prima facie uma determinação, um ponto ele estabilização, quer dizer, as regras, prima fàcie, devem ser obedecidas, são razões determinativas. Estas razões são reforçadas pelo princ ípio formal, que significa o respeito ao devido processo legislativo para a instituição da regra no ordenamento jmídico.

Nesse sentido a lição de Paulo Gilberto Cago Leivas esclarece:

"Segundo ALEXY, os princípios não contêm mandados definitivos, mas somente prima facie, pois eles carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e às possibilidades jurídicas [e fáticas). As regras, de outro lado, exigem que se faça exatamente o que elas ordenam. Poder-se-ia objetar que as regras também possuem caráter primafacie, porque a determinação nelas contida pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, como ocorre, por exemplo, com a introdução de uma cláusula de exceção a partir de uma outra regra ou com base em 11111 princípio. ALEXY reconhece que a introdução de uma cláusu.la de exceção faz com que a regra perca seu caráter definitivo para a decisão do caso.

Todavia, este caráter primafacie que adquirem é distinto do caráter primajàcie dos princípios. Um princípio cede quando um princípio oposto no caso concreto possui um peso maior. Uma regra, contudo, não cede quando o princípio oposto tem um maior peso que o princípio que apóia a regra. Ademais, não podem ser olvidados os chamados princípios formais, que conferem mais força às regras ao estabelecer que as regras impostas por uma autoridade legitimada para isso têm de ser seguidas e não devem ser aft1stadas sem fundamento em uma prática transmitida. Somente se a tais princípios formais não se der nenhum peso, o que teria como conseqüência, segundo A LEXY, o fim da vali dez das regras enquanto tais, as regras e os princípios, teriam o mesmo caráterprimafacie. Portanto, o caráter primafacie das regras é algo basicamente diferente e essencialmente mais forte que os princípios"43.

1.8. Direitos fundamentais como princíp.ios e regras

Dessa ordem de considerações outra importante conseqüência pode ser extraída: um direito fundamenta/ pode residir tanto em um princípio, como em uma regra, quer dizer, "as disposições de direito fundamental podem ser consideradas não somente como positivações de princípios, mas também como expressão de urna intenção de estabelecer determinações frente às exigências de princípios contrapostos, ou seja, como regras"44.

Nesse último caso o caráter primafacie das regras exigirá uma maior fundamentação para ser afastado, pois há de ultrapassar-se o já referido princ ipio formal de sua instituição (devido processo legislativo) e a decorrente presunção de constitucionalidade da ponderação de valores previamente efetuada

pelo legislador45•

43. LEIVAS, O modelo combi11ado de regras e princípios em Ronald Dworkin e Robert Ale.\)', p. 224.

44. LEIVAS, O modelo combinado de regras e pri11cipios em Ronald D1vorki11 e Roberl Al[illegible]y, p. 236.

45. O tema da fundamcntalização dos direitos pode ser reconhecido como uma especial proteção dos direitos 1 1 3

NTURI,

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

2. PRJNCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

2.1. Consideração introdutória

Os princípios da tutela jurisdicional coletiva, que se distinguem na aplicação dos seus correlatos na tutela inclividual, passam a ser identificados a seguir,46

sendo que destacamos em tópico posterior a visão atualizada de alguns princípios comuns ao processo individual e coletivo, sempre atentando para sua inelirninável superposição e pela impossibilidade de expô-los em uma ordem rigorosamente lógica formal.

Ressaltamos a adoção pelo Projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado pelo IBDP, de wna enumeração de princípios contida no a1tigo 2°1, importante elemento para a unjformização da tutela processual coletiva.

em sentido formal e material. Direitos fundamentais são direitos jurídico-positivamente vigentes em uma ordem constitucional. Daí ser correta a afirmação de Cruz Villalon de que onde não existe Constituição não podem existir direitos fundamentais. (CANOT!LHO, Direito constitucio11al e teoria da Constituição.

p. 377). A) fundamentalidade formal: tem relação direta, quase sempre, com a constitucionalização. Suas características: 1) normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; 2) procedimentos agravados de revisão (an. 60 da CF/88); 3) podem passar a constituir limites materiais ao poder de revisão (an. 60, §

4º, I V da CF/88); 4) normas dotadas de vinculatividade imediata para os poderes públicos, constituindo por isto mesmo "parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos.

administrativos e jurisdicionais" (art. 5°, § 1° da CF/88). 8) fundamentalidade material: "insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da socit:dade." Poderá ocorrer sem a necessária constitucionalizaçào e fundamentalidade formal, como deixa antever a tradição inglesa das Commom-Law Liberlies. Na idéia de

fundamentalidade material Canotilho encomra suporte para: 1) a abertura da Constituição a outros direitos, quer dizer, '"direitos materialmente mas não formalmente fundamentais" (art. 5°, § 2°); 2) extensão de aspectos dos direitos formalmente fundamentais para estes direitos materialmente fundamentais (regime jurídico); 3) abertura para novos direitos fundamentais, que Canotilho indica ser também reconhecida por Jorge Miranda. (CANOTILHO, Direito cons1i111cio11al e 1eoria da Constituição, p. 379).

46. Em texto valioso, tanto pelo poder de sÚltese, quanto pela excelência didática, Ada Pellegrini Grinover faz enumeração de alguns destes princípios. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. '"Direito processual coletivo".

ln: LUCON, Paulo Henrique dos Santos.(coord). Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública c do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. 1 5 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 meta individual". ln: Direitos metaindividuais. São Paulo: LTr, 2004. p. 1 39-153.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite deve ser feita a distinção entre princípios de matriz constitucional e matriz infraconstitucional. Salienta o autor na matriz constitucional os princípios da acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade (citando o clássico de Paulo Cezar Pinheiro Cameiro. "Acesso à justiça"); e ainda, os princípios da identificação da lide coletiva por seu objeto, da absoluta instrumental idade, 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 panicular visão dos princípios do devido processo legal, da igualdade e da paridade de annas. Também, Gregório Assagra de Almeida, Direito processual coletivo brasileiro, 560-579; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. São Paulo: RT, 1998; VE

Elton. Execução da tutela coletiva. São Paulo: Malheiros,

2000; procuraram classificar e identificar os princípios da tutela coletiva 4 7. Para a leitura do projeto em questão consulte-se o apêndice desta obra. Na primeira edição desta obra, prefaciada pela emérita processualista Dr" Ada

Pellegrini Grinover, sugeríamos a inclusão dos princípios 1 1 4



PRJNCÍPIOS DA TUTELA COl-ETIVA

2.2. Princípio do devido processo legal coletivo

2.2. J. 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.

As mudanças resultam da necessária adaptação do princípio do devido processo legal a esses novos lití.gios. Com isso nasce o que se pode chamar de "garantismo coletivo", que paulatinamente deverá consolidar-se na doutrina e na jurisprudência para assegurar mais eficácia e legitimidade social aos processos coletivos e as decisões judiciais nessa matéria.

"Sob tais perspectivas é possível detem1inar-se, assim, uma relei lura do princ ípio 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 prestaçã.o da just iça, 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 1 942 ... , segundo a qual 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." 48

nos projetos de CPBC, o que efetivamente ocorreu. Transcrevemos o texto: "Arl. 2°· Princípios da tutela jurisdicional coletiva - São princípios da tutela jurisdicional coletiva: a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa; b. universalidade da jurisdição; e. participação pelo processo e no processo; d. tutela coletiva adequada; e. boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores; f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova; g. economia processual; h. instrumemalidade das formas; i. ativismo judicial; j.

flexibilização da técnica processual; k. [distribuição) dinâmica do ônus da prova; 1. represeatatividade

[sic. legitimação] adequada [Trata-se de legitimação, não representação. Nos Estados Uai dos fala-se em adequacy of represe111a1ion, no Brasil, para evitar os estrangeirismos e a confusão de tem1inologias, é mais adequado falar-se em

adequada legitimaçcio. Representação, nestas paragens, é uma das espécies do gênero legitimação extraordinária, como se sabe, dependente de autorização do próprio titular do direito. A legitimação para os processos coletivos independe de autorização do titular do direito (ver, v.g., Enunciado da Súmula do STF no. 629), ao contr{irio, é compreendida, predominantemente, na doutrina como legitimação extraordimiria por s11bstit11ição processual, confira-se o quanto escrito no capítulo sobre legitimação]; m. intervenção [obrigatória] do Ministério Público em casos de relevante interesse social

[sic. quando não atuar como autor o Ministério Público sempre intervirá na função de c11s111s legis, ao menos para determinar a regularidade processual e certificar o cabi111e1110 da ação coletiva. Nas ações coletivas, quer em razão do objeto, quer cm razão da dimensão de pessoas atingidas, quer em razão da quebra de princípios tradicioaais do processo civil, sempre haverá interesse público quando cabíveis]; n.

não taxatividade [ou atipicidade) da ação coletiva; o. ampla divulgação da demanda e dos atos processuais; p. indisponibilidade temperada da ação coletiva; q. continuidade da ação coletiva; r. obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença; s. extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada secu11d11111

eve11111m li1is e sec1111du111 proba1ionem; l. reparação ["tendencialmente" inlegra!J dos danos materiais e morais; u. aplicação residual do Código de Processo Civil; v. proporcionalidade e razoabilidade."

48. Cf. VENTURI, Ellon. Processo Civil Colelivo. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 1 5 1 . Como bem lembrado pelo autor, a expressão "devido processo social" é de Mauro Cappelletti.

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

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 impo1tância 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 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 li tis da decisão favorável ao plano individual.

Vamos examiná-los.

2.2.2. Princípio da adequada representação (legitimação)

Trata-se de princípio que impõe o controle judicial da adequada representação, 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). 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 tendência atual, verificada inclusive nos anteprojetos de Código Processual Coletivo Brasileiro, é que esse princípio venha cada vez mais a ocupar espaço nos processos coletivos, superada uma primeirn fase em que a legitimação era tão-somente ativa e fixada ope legis (controle pelo legislador).

O princípio é mais bem desenvolvido no capítulo dedicado ao estudo da legitimidade ad causam na tutela coletiva.



PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

2.2.3. Princípio da adequada certificação da ação coletiva Para Antonio Gidi, poderíamos avançar em nosso sistema processual coletivo se fosse possível a c/ass certification. 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."49 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 decisões não se confundem.50

Os elementos/requisitos para a certificação/verificação são expostos na Rufe 23 (a), enquanto a tipificação e cabimento da class action, o "tipo de tutela", será acertado confonne a Rufe 23 (b).

No direito brasileiro a ce1tificação deverá ocorrer na fase de saneamento, inclusive como garantia para o réu. Trata-se de um juízo de admissibilidade da demanda, exigência natural de um procedimento com tantas e tão graves conseqüências 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 despender 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."51

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. 1 7 da Lei n. 8.429/1 992).

49. GIDI, Antonio. "A Class Actio11 como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada". São Paulo: RT, 2007. p. 466.

50. GTDI, Antonio. "A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada". São Paulo: RT, 2007. p. 1 94.

5 1 . Cf. Gidi, "A C/ass Ac1ion como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada", p. 2 1 3. Sobre o cabimento das class actio11s e seus requisitos cf. o capítulo 4

da obra.

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

2.2.4. Princ ípio da coisa julgada diferenciada e a "extens<io subjetiva " da coisa julgada secundum eventum litis à esfera individual

A coisa julgada coletiva possui um regramento diferenciado em relação ao processo individual: como regra, ela é secundum eventum probationis (cf. v. 2

deste Curso, capítulo sobre coisa julgada; cf. também, o art. 1 03 do CDC).

Aliado a esse regime diferenciado de coisa julgada, bá uma outra regra que compõe o devido processo coletivo: os titulares de direitos (situações ativas) individuais não serão prejudicados, somente beneficiados, pela decisão coletiva (art. 1 03 , §§ 1 º, 2° e 3º, CDC).

Fica garantido ao titular do direito individual, em caso de procedência da demanda coletiva, utilizar a sentença coletiva no seu processo individual (transporte in utilibus), desde que comprove a identidade fática de situações, nos mesmos moldes da ação civil ex delicto. Tollitur quaestio quanto ao an debeatur, remanesce a demonstração do nexo de causalidade, para a identificação do credor, e do quantum debeatur. Sobre o assunto, ver os capítulos sobre coisa julgada e liquidação coletivas.

Trata-se de princípios típicos do direito brasileiro, que estruturam o nosso devido processo coletivo. Serão estudados com mais profundidade no capítulo sobre coisa j ulgada, neste volume do Curso.

2.2.5. Princípio da informaç<io e publicidade adequadas.

Esse princípio pode ser dividido em dois sub-princípios.

a) Princ ípio 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 editais. Essa comunicação precisa ser adequada (jair notice, como exige o direito estadunidense, examinado no capítulo sobre conexão e litispendência em processo coletivos).

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.

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 o fornecimento do Código de Defesa do Consumidor, 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. I I I do CDC (cf. Lei 1 2.29 1 /2 0 1 O, que determina sanção de multa aos comerciantes ou prestadores de serviço que não tiverem à disposição do consumidor o CDC).

b) Princípio da il1formação aos órgãos competentes

O princípio da informação aos órgãos competentes está previsto nos art. 6°

e 7° da Lei n . 7.347/ 1 985. Neste último caso, apresenta-se o dever funcional de informar ao órgão curador da sociedade, o M inistério 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.

Estes dispositivos traduzem um dever cívico, não sendo novidade no sistema, pois já se apresentavam quanto à tutela penal (art. 1 5 da Lei de Ação Popular; art. 40 do Código de Processo Penal). A novidade está em serem objeto de tutela civil, conseqüência clara da forte presença do interesse público primário nas

demandas coletivas.

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

2.2.6. Principio da competência adequada (forum non conveniens e forum shopping)

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.

FR.EDIE DmlER JR. E HERJvtES ZANETI JR.

Conforme será visto no capítulo sobre competência, o legislador brasileiro optou pela técnica dos foros concorrentes (diversos juízos competentes), nas hipóteses em que se afirma 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 freqüente no âmbito do direito internacional52,já examinado no v. 1 deste Curso, no item sobre a competência internacional.

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

Trata-se de apli.car, no processo coletivo, a idéia, advinda do direito norte

-americano para aplicação no direito internacional, de o juiz da causa (perante o qual a demanda foi proposta) controlar a competência adequada através da teoria doforum non conveniens, que nasceu como freio aoforum shopping.

Com a inserção desse princípio o próprio juiz da causa, dentro do controle de sua competência, uti 1 izando a norma da Kompetenzkompetenz (o juiz é competente para controlar a sua próprio 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 proximjdade 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 comoforum 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".53

A mesma lógica preside a doutrina doforum non conveniens, aplicável tanto em processos individuais como em processos coletivos 54. Sobre o assunto, examinar o item a ele destinado no v. 1 deste Curso.

52. JATAHY, Vera Mari<i B<irrera. Do conflito de jurisdições. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37.

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

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

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".

Corno 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 doforum 11011 conveniens quando o dano for de âmbito regional ou nacional, podendo o juiz, levando em considera

ção a facilitação da produção da prova e da defesa do réu, a publicidade da ação coletiva e a facilitação 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.

2.3. Princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo Uma decorrência particular do princípio da instrumenta/idade das formas é a valorização do conhecimento no mérito nos processos coletivos. No v. 1 deste curso, foi visto que é preciso reexaminar o juízo de admissibilidade do processo, de modo que o magistrado possa, mesmo diante da falta de um pressuposto processual de validade, avançar e julgar o mérito, aplicando o sistema das invalidades processuais do CPC, notadamente o att. 249, § 2°, CPC55. No âmbito da tutela coletiva, a liçã.o tem apl icação ainda mais premente.

O princípio em comento, subdividido em duas funções, apresenta íntima relação com as premissas do formalismo-valorativo de Carlos Albe1to Alvaro de Oliveira: o processo não é fim em si mesmo, está voltado para a obtenção da

justiça material e de pacificação social, sendo que seus institutos, na atual quadra 55. O tema, além de constar no v. 1 desse Curso, foi objeto das considerações de um dos autores deste volume cm sua tese de doutoramento: DIDIER Jr., Fredie. Pressupostos processuais e co11dições da açlio. São Paulo: Saraiva, 2005. Ainda sobre o tema, MARfNONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006, p. 474-48 1; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. E/elividade e técnica processual.

São Paulo: Malheiros Ed., 2006; HERTEL, Daniel Robe110. Técnica processual e t11telaj11risdicional - a i11stmmen1alidade s11bsta11cial das/or111as. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

da história de nosso desenvolvimento jw·ídico, deverão ser conformados pelas máximas estabelecidas pela Constituição Federal56.

A Constituição estabelece o modelo do Estado Democrático Constitucional brasileiro, de feição pluralista, confonnado como um sistema aberto e permeável a realidade social e a efetivação dos valores democráticos.

A primeira função procura assegurar que questões meramente formais não

embacem a finalidade do processo, permitindo ao órgão jurisdicional que seja mais flexível em relação ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade processual :

"com efeito o Poder Judiciário deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar sua função social . . . Não é mais admissível que o Poder Judiciário fique preso em questões formais, muitas delas colhidas em uma filosofia liberal individualista já superada e incompatível com o Estado Democrático de Direito, deixando de enfrentar o mérito, por exemplo, de uma ação coletiva cuja a causa de pedir se fundamenta em improbidade administrativa ou em dano ao meio ambiente."57

Revela-se interessante notar que as premissas do formalismo-valorativo definem muito bem qual a conduta a ser adotada. Esse princípio ajuda a entender porque é injustificada a resistência de parcela da doutrina sobre a possibilidade de veicular por ação civil pública (ação com este nome) pedidos referentes à improbidade administrativa, ou ainda, que não se possa reconhecer procedência parcial nas demandas de i mprobidade quando não houver tipicidade ou dolo do agente (suficiente para condená-lo nas severas sanções da lei), mas se configurar ato ilícito ensejando condenação no ressarcimento58•

56. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "O fonnalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo." Revista de Processo, RT, n. 137, p. 7-3 1, agosto 2006.

57. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro, p. 572.

58. E�se parece ser o posicionamento de Teori Albino Zavascki: "Acentue-se, outrossim, que a obrigatoriedade de ressarcir danos tem fundamento jurídicos diferentes dos que embasam a aplicação das penalidades da Lei 8.429/92. Assim, eventual juízo de improcedência da ação de improbidade. por nrio configuração da tipicidade ou do dolo ou de qualquer outro pressuposto específico exigido para a aplicação das penalidades, não impedirá a propositura de ação ressarcitória. Essa conclusão vem reforçada pela circunstância de que o ressarcimento de danos, na ação de improbidade, não é pretensão típica e principal, mas constitui pedido secundário, um ' erdadeiro apêndice do relativo à aplicação de penalidades, este sim pedido típico.". "O reconhecimento da obrigaçào de ressarcir danos, sob esse aspecto, é espécie ele efeito secundário

necessário da punição pelo alo ele improbidade, a exemplo do que ocorre na sentença condenatória penal (CP, art. 91, ![)" "Ademais, é importante destacar que a ação de improbidade não comporta pedido isolado de condenação ao ressarcimento de danos ao erário. Para essa espécie de pretensão já existe a ação civil pública regida pela Lei 7.347/85". (ZAVASCKI, Teori Albino.

Processo coletivo: tl//e/a de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006, p. 1 2 8

e 1 1 5, respectivamente).

PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Ora, como se sabe o nome da ação pouco importa. Processo não é mera técnica, mas técnica imbuída de valores: "seu poder ordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há fonnalismo por formalismo. Só é lícito pensar o conceito na medida em que se prestar para a organização ele um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão".59 Muito embora Teori Albino Zavascki faça uma importante ressalva determinando que "não teria sentido

algum imaginar a ocoJTência de coisa julgada material, apta a inibir um novo pedido de ressarcimento, nos casos em que a ação de improbidade tivesse sido julgada improcedente por ausência de dolo"6º, seria muito mais adequado, já efetuada a insh·ução e estando o julgador apto a condenar no ressarcimento, em face da culpa aferida, aproveitar o processo para chegar ao resultado efetivo, o mesmo acontecendo com um processo eventualmente instruído e pronto para j ulgamento em que o pedido, apesar da ação ter no frontispício o dístico "improbidade administrativa" for meramente de ressarcimento. Isto porque:

"Se a forma não é oca nem vazia, o que importa é o conteúdo não o nome do ato processual. Significativo avanço nesse campo decorreu da célebre decretai do Papa ALEXANDRE III, de 1 1 60, Livro fl, tít. 1, de judicis, cap. VI, ao dispensar as partes de exprimir no libelo o nome da ação, bastando a proposição clara do fato motivador do direito de agir e da qual exsurge princípio hoje fundamental: em direito processual, o nome atribuído à parte ao ato processual, embora equivocado, nenhuma influência haverá de ter, importando apenas o seu conteúdo.

De outro lado, o seu invólucro exterior, a maneira como se exterioriza, também perdeu terreno para o teor interno."61

Por outro lado não se pode considerar necessário o emprego de "palavras solenes ou determinadas", devendo o juiz atuar fortemente, mediante o salutar ativismo judicial das "df:!finingfunctions", para conformar e adequar o procedimento sem prejuízo do contraditório.

Outra disposição referente a esse princípio pode ser encontrada na previsão da coisa julgada secundum eventum probationis, seguindo a premissa da legisla

ção de que não haverá coisa julgada, poderá ser reproposta a demanda, quando o julgamento for de improcedência por insuficiência de provas (art. 1 03, incisos e parágrafos do CDC; art. 1 6 da LACP; art. 1 8 da LAP). O que o legislador quis foi garantir que o j ulgamento pela procedência ou improcedência fosse de mérito, 59. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo." Revista de Processo. São Paulo: RT, a. 137, p. 7-3 1 .

60. ZAVASCKJ, Teori Albino. Processo coletivo: t111ela de direiros coletivos e tutela coleriva de direitos. São Paulo: RT, 2006, p. 1 1 5.

6 1 . OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo." Revista de Processo, RT, n. 1 37, p. 7-3 1 , agosto 2006.



No

não uma mera ficção decorrente da aplicação do ônus da prova como regra de julgamento (art. 333 do CPC).

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. 5°, § 3° da LACP e 9° da LAP.62

É por isso que se pode afirmar a existência do princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo.

2.4. Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva

Diferentemente do processo individual, no qual está presente a facultas agendi característica do direito subjetivo individual, o processo coletivo vem contaminado pela idéia de indisponibilidade do interesse público.

Esta iodisponibi.lidade não é, contudo, integral, há uma "obrigatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade"63 para o ajuizamento da ação coletiva. Claro que esta 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 parque! 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 em arquivamento, sujeito ao controle pelo Conselho Superior do M P (art. 9° da LACP).

Por outro lado, há obrigatoriedade de intervenção como fiscal da lei, sempre que o MP não for parte; e mais, a lei determina que será obrigatória a continuidade da ação coletiva em caso de "desistência infundada ou abandono", sendo 62. Os textos são expressivos: "Em caso de desistcncia infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa." (urt. 5°, § 3° 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. 7°, 11, 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" (an.

9° da LAP). Note-se a previsão de desis1é11ciafi111dada, ou seja, a indisponibilidade temperada da demanda coletiva. Sobre o tema ver o princípio da indisponibilidde temperada (abaixo) e o tópico próprio sobre o MP.

63. Anota Pedro da Silva Dinamarca que a expressão tem origem em Édis Milaré (DINAMARCO, Pedro da Silva, Responsabilidade civil do promo10r dej11stiça 110 i11q11éri10 civil, p. 255). Cf. MlLARÉ, Édis. Açcio civil pública na nova ordem co11s1i111cio11al. São Paulo: Saraiva. 1990. p. 1 1 . Do qual extraímos importante ponderação: "Não vamos chegar ao extremo de dizer que a atividade do Ministério Público, aí, seja ilimitadamente discricionária, ficando a cntério do órgão a propositura ou não da ação.

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". (MlLAR.É, op.loc.cil.) 124

que o MP ou outro legitimado deverá assumir a titularidade ativa (art. 5°, § 1 ° e 3º). Porém, nesses casos, é bom frisar que poderá ser feito um juízo idêntico de

"oportunidade e conveniência" pelo M P, não fazendo sentido a obrigatoriedade de continuar em processo com demanda infundada ou temerária. Ganhou dogmaticamente o dispositivo da LACP em relação à redação anterior da LAP (art.

9°), que não previa expressamente a desistência infundada.

Este mesmo princípio também é denominado "princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva".64 Existem três teorias sobre o controle da motivação da desistência ou não continuidade pelo MP: a) aplica-se analogicamente o art.

28 do CPP; b) aplica-se analogicamente o art. 9° da LACP; c) aplica-se analogicamente o ait. 267, I I l e VITI, do CPC. O certo é que se o M P 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 microssistema no efetivo ajuizamento (princípio da obrigatoriedade temperada) e na continuidade (princípio da 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 ltm lado o interesse público presente nas ações coletivas orienta para uma obrigato1iedade temperada na propositura da ação e para determinação de sua continuidade nos casos de desistência infundada ou abandono, o princípio da indisponjbilidade 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 (ait. 1 5 da LACP, examillado no capítulo sobre a execução coletiva).

Importante ressalvar, como faz Carlos Henrique Bezerra Leite, a tutela dos direitos [ndividuais. "Idêntico pr[ncípio, porém, não é aplicado na ação civil pública destinada à tutela dos interesses individuais homogêneos".65 Na verdade, devemos fazer uma subdivisão: criar um sub-princípio, isto porque, segundo a regra do processo para tutela de direitos illdividuais homogêneos, repetida no regulamento do Fundo de Direitos Difusos, quando houver concurso de créditos deverá prevalecer a indenização decorrente dos prejuízos individuais (art. 99 do CDC e art. 8º do Decreto 1 .306/1 994). Contudo, o princ ípio 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.

64. ALMEIDA, Gregorio Assagra de. Direi10 Processual Coletivo Brasileiro, p. 573.

65. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Princípios da jurisdição melaindividual, p. 148, nota 222.



2.5. Princípio do microssistema: aplicação integrada das leis para a tutela coletiva66

Os processos coletivos são regidos por nonnas e princípios próprios, através de normas integradas, que descrevem com mais precisão sua dupla finalidade de tutelar os novos direitos coletivos e efetivar a justiça nas sociedades de massa, eliminando os litígios repetitivos. Apenas residualmente se aplica o CPC (legisla

ção individual), quando surgir um problema na aplicação da lei. Antes de voltar os olhos para o sistema geral, o intérprete deverá examjnar, no conjunto legislativo que constitui o microssitema, se não existe uma nonna melhor e mais adequada a correta pacificação com justiça.

Aplica-se, dessarte, a teoria do diálogo de fontes, desenvolvida por Erick Jaime e no Brasil por Cláudia Lima Marques, através de um diálogo sistemático de coerência, visando a harmonia e a integração, segundo o qual: "na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceituai para a outra".67

Conforn1e o CBPC-lBDP é princípio da tutela coletiva a "aplicação residual do Código de Processo Civil". Em boa hora o novo att. 2º, u, do CBPC/IBDP trouxe o presente princípio. Como já foi descrito, a aplicação do processo coletivo deverá ser consentânea ao determinado no Tít. III do CDC e na Lei da Ação Civil Pública, isso porque o CDC institui uma mudança legislativa no art. 2 1 da LACP, criando um microssistema autolTeferencial para a tutela coletiva no direito brasileiro.

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.

Aliás, não só estas, mas, também, se necessário, uma leitura "intercomunicante de vários diplomas", já que este microssistema é formado de "normas múltiplas de comunicação e influência subsidiária"68, como as normas processuais da Ação Popular, do Estatuto do Idoso, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Improbidade Administrativa etc.

66. 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 a integração entre às normas. Através 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 aplic i1veis na tutela coletiva os princípios de proteção e da .finalidade social. Conceituando: "podemos dizer que o principio da proteção ou tutelar é peculi:tr ao processo do trabalho. Ele busca compensar a desiguadade 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 desiguladade 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. 1 5 1) .

67. MARQUES, Cláudia Lima; BENJA vHN, Antônio Herman \/.; MJRAGEM, Brnno. Comentários a o Código de Defesa do Cons11111idor. São Paulo: RT, 1 994, p. 28.

68. MAZZEI. Rodrigo. A ação popular e o microssistema da li/tela coletiva, p. 4 1 0-41 1 .

PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

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 coe, demonstrando o acerto dessas afirmações.

O CPC terá, portanto, função residual. 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 contrnriem os dispositivos desta lei"), mas o legislador foi além, estabeleceu como sistema residual o CPC,já que não poderá sequer ocotTer contradição com a "natureza específica da ação".

Na brilhante síntese de Rodrigo Mazzei:

" ... o Código de Processo Civil - como norma de índole individual - somente será aplicado nos diplomas de caráter coletivo de forma residual, ou seja, se houver omissão específica a determinada norma, não se adentrará - de imediato - nas soluções legais previstas no Código de Processo Civil, uma vez que o intérprete deverá, antecedentemente, aferir se há paradigma legal dentro do conjunto de normas processuais do microssistema coletivo. Com outras palavras, somente se aplicará o Código de Processo Civil em ações coletivas quando a norma específica para o caso concreto for omissa e, em seguida, verificar-se que não há dispositivo nos demais diplomas que compõem o microssistema coletivo capaz de preencher o vácuo.

Di ferente não pode ser, pois um dos pilares na formação de microssistemas está na existência de diferença principiológica do diploma especial com a norma geral, situação facil mente aferível no direito processual coletivo, cuja essência muito se distancia da postura, frise-se, individual do Código de Processo Civil".69

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 aos sistema integrado de tutela processual trazido pelo CDC e LACP (Lei 7.347/85)."7º 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 de sanção de nulidade absoluta do processo coletivo por desrespeito ao princípio do devido processo legal"71 •

2.6. Reparação integral do dano

Trata-se de um impo1tante princípio do Direito coletivo: o dano ao grupo deve ser reparado integralmente.

69. MAZZEI, A açcio popular e o microssis1e111a da 1111ela coleliva, p. 4 1 1-412.

70. RODRIGUES, Marcelo Abelha, Ele111e111os de direi10 processual civil, p. 76, vol. 1 .

7 1 . ALMEIDA, Gregório Assagra de, Direi lo processual coletivo brasileiro, p . 569.

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. 1 1 da Lei 4.7 1 7/ 1 965). 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 jluid recove1y, recuperação fluida, segundo a disposição do art. 1 00 do CDC, sendo que mesmo não havendo liquidação e execução da totalidade dos titulares dos direitos individuais homogêneos, a reparação deverá ser integral, com os valores auferidos revertidos para o FDD (ver o capítulo sobre a liquidação e execução coletivas).

2.7. Princípios da não-taxatividade e atípicidade (máxima amplitude) da ação e do p rocesso coletivo

2. 7. 1. Generalidades

Este importante princípio tem uma faceta dupla: ao tempo em que não se pode negar o acesso à justiça aos direito coletivos novos, já que o rol do art. lº

da LACP é expressamente aberto ("qualquer outro interesse difuso ou coletivo", inciso V desse artigo; também constitucional mente assegurado, art. 1 29, I I I da CF/88, "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").

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 jurisdicional coletiva, previsto no art. 83 do coe e aplicável a todo o direito processual coletivo, por força do art. 2 1 da LACP. Limitações levadas a efeito pela jurisprudência e pela legislação infraconstitucional são inconstirucionais,já que ferem disposições expressas do texto constitucional (arls. 5°., XXXV, e 1 29, III, da CF)."72

72. ALM ErDA, Gregório Assagra de. Direi10 processual coletivo brasileiiv, p. 575.



PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Quer dizer, muito embora a Lei da Ação Civil Pública tenha previsto a tutela das obrigações de fazer e a tutela condenatória como "alternativas" (ou uma ou outra), tendo merecido certa dose de aceitação na jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, que em vários precedentes afirmava "A ação civil pública não pode ter por objeto a condenação cumulativa em dinheiro e cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (RSTJ 1 2 1 /86)", hoje está pacificado o entendimento que permite a cumulação dos pedidos de obrigação de fazer; não fazei; entregar coisa e de condenação em quantia certa, bem como

outros - inclusive comando "auto-executivos " e mandamentais " - que forem necessários para a adequada tutela dos direitos coletivos discutidos no processo. 73

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."74

73. Consoante o julgado: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA .. 1 . A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fmtiori, difuso. 2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermedi<írio emre o Estado e o cidadão. 3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas contra legem, sua exegese e sanções correspondentes. 4. Considerando o cânone de que a todo dirnito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia erga omnes da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-llles de novéis demandas. 5. As conseqüências da ação civil pública quanto aos provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trimiria das sentenças 6. A fortiori, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, auto-executável ou manclamental. 7. Axiologicarnente, 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. 8. 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 cio Idoso, compõem um microssisterna de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. 9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que "A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do

controle popular sobre os atos cios poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular. (...) Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civÍI pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais. Assim, Dão se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e rui. 3º da Lei n.º 7.347/85)" (Alexandre de Moraes in "Direito Constitucional", 9ª ed., p. 333-334) 1 O. Recurso especial desprovido. (STJ, lª. T., REsp n. 5 10. 1 50/MA, Rei. Ministro LUIZ FUX, j. em 1 7.02.2004, publicado no DJ 29.03.2004, p. 1 73) 74. MAR.INONI; ARENHART, Manual do Processo de Conhecimento, p. 683.

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Além disto, também o "nome" dado a ação coletiva não importa para fins de sua admissibilidade em juizo. 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.75

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 (a1t. 83 do CDC), por que logo o mandado de segurança não seria permitido?

2. 7.2. O mandado de segurança coletivo como instrumento processual para a tutela de direitos dijitsos

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

A CF/88 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 wril 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 deco1Te. Seria o equivalente a tornar.fiatus voeis, bocas sem dentes, as garantias constitucionais.

75. Cf. "O simples nome não apresenta qualquer relevância jurídica, constatação realizada há quase mil anos na célebre decretai do Papa Alexandre 111, de 1 1 60, Livro li, Tít. !, "de Judiei is", Cap. Vl, ao djspensar a parte de exprimir no libelo o nome da ação, bastando a proposição clara do fato motivador do direito de agir: 'Nomen actionis inlibello exprimire exprimere pars 11011 cogitur; debet tamenfac/11111 ita e/are proponere. 111 ex eo jus agendi colliga111r ·. Se a parte forneceu o fato jurídico consubstanciador da causa ptendi e fonnulou o pedido de

segurança, o enquadramento jurídico constitui tarefa exclusiva do órgão judicial: iura novil curia." ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Comentários ao Código de Processo Civil, 3

ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998. p. 23; RODIUGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública em Matéria Ambie111al, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 58 e ss.



PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

O processo de mandado de segurança tem rito célere e tradição constitucional longeva, 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. 2 1 da Lei n. 1 2 . 0 1 6/2009 restringe, porém, o objeto do mandado de segmança coletivo aos direitos coletivos em sentido estrito e aos direitos individuais homogêneos.76

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 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 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 doutrina77 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

1 8 1 .438- 1/SP, STF, Tribunal Pleno, rei. Min. Carlos Velloso, RT 734/229).

76. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: 1 - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisfveJ, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parle contn\ria por uma relação jurídica básica; 11 - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou da parte dos associados ou membros do impetranle.

77. NERY Jr., Nelson., NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e legislação Ex1ravagante. São Paulo: RT, 2006, p. 139.

Também neste sentido, o voto da Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE n.

1 96 . 1 84, j. em 27. 1 0.2004: "À agremiação paitidária, 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 pol ítico entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurnnça coletivo, que não se

restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes." (RE 1 96. 1 84, transcrições, Bol. Inf. do STF nº. 372).

Uma interpretação !.iterai do art. 2 1 da Lei n. 1 2.0 1 6/2009 implicaria grave retrocesso social, com prejuízo a tutela constitucionalmente adequada (art. 5º, XX.XV c/c art. 83 do CDC - princípio da atípicidade das ações coletivas). Cabe ao aplicador dar a interpretação conforme do texto normativo, para adequá-la ao microssistema da tutela coletiva e à Constituição Federal78.

2. 7.3. A tutela da Igualdade Racial e o Controle Judicial das Políticas Públicas (Lei 12.2881201 0 - Estatuto da Igualdade Racial)

A novidade em termos de tutela específica de novos direitos ocorrida em 2 0 1 0 foi a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial, Lei 1 2.288/20 1 0, que prevê expressamente a possibilidade do ajuizamento da ação civil pública: "Art.

55. Para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública, disciplinada na Lei nº 7 .347, de 24 de julho de 1 985". Consequentemente, será possível ao M inistério Público e aos demais legitimados atuar no campo das ações afirmativas, políticas de combate à discriminação racial e redução das desigualdades utilizando-se da expressa conceituação legal, que, se não representa uma novidade absoluta, 78. Na doutrina, que começa a manifestar-se sobre a nova lei, muitos entendem no mesmo sentido, entre estes, Cássio Scarpinella Bueno. A Novo Lei do Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130; Luiz Manoel Gomes Jr. e Rogério Favreto. "Comentários ao an. 21 ". ln: Luiz Manoel Gomes Jr, el a/li. Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança: lei 12.016, de 7 de agos10 de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. J 9 1 . No sentido contrário, sustentando posição inadmissível e valendo-se de equivocado argumento de autoridade na jurisprudência do STF - lembra-se que nos precedentes acima o Tribunal reconheceu possível a tutela de direitos difusos mediante o MSC -, cf. José M iguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo. Ma11dado de Segurança Individual e Cole1ivo: comentários à lei 12.016. de 7 de agosto de 2009.

São Paulo: RT, 2009, p. 208. Note, ainda, que a referência no texto ao n. 1 O 1 da súmula do STF é inapropriada, vez que ela, em verdade, decorre da interpretação do Supremo ainda sobre a Constituição de 1 946, conforme se constata da simples pequisa no sitio do Tribunal na internet, época em que não

se discutia no Brasil o Ma11dado de Segurança Coletivo e muito menos os direitos difusos; 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. 5 1 -57.

132



fortalece, em muito, o sistema de h1tela dos direitos fundamentais decorrentes

da igualdade prevista na Constituição. Como prevê a própria lei "para efeito deste Estatuto, considera-se: J - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada; II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica; I I I - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social enh·e mulheres negras e os demais segmentos sociais; IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (I B GE), ou que adotam autodefinição análoga; V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais; VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades." (art. l º, § parágrafo único da Lei 1 2.288/20 1 0).

Note-se, ademais, que a lei fornece uma definição de política pública (inc.

V). Esta definição centra o problema nas ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado para cumprimento de suas atribuições institucionais, logo, cabe ao Ministério Público, na função de ombudsmam, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 1 29, II da CF/88).

Este conceito vai ao encontro do que já desenhava a doutTina: "Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados -processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados." 79

79. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública cm direito. ln: BUCCI, Maria Paula Dallari 133



FREDIE ÜlDIER JR. E HERMES ZANETI IR.

Perceba que mesmo os processos judiciais, como âmbito mais restrito e regulado de aplicação do direito no Estado Democrático Constitucional (discurso prático do caso especial, como diria Alexy8º), são instrumentos para ações, iniciativas e

programas para a realização de objetivos socialmente relevantes insculpidos no texto constitucional.

2.8. Princípio do ativismo judicial

Este princípio entre em cena com uma maior participação do juiz nos processos coletivos -judicial activism - resultante da presença de forte interesse público

,

primário nessas causas, externando-se, entre outros, na presença da "defining function " do juiz81, de que fala o direito norte-americano para as class actions.

Trata-se de uma faceta do princípio inquisitivo ou impulso oficial. É bom lembrar que "não há oposição, contraste ou conflito entre a disponibilidade da tutela jurisdicional, que repudia a instauração de processos de-oficio pelo juiz; e o princípio inquisitivo, responsável pela efetividade do próprio poder j urisdicional estatal a ser exercido sempre que provocado"82.

Na sua primeira acepção, exemplo deste princípio decorre de relativização do denominado princípio da ação (ou da demanda, que determina a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício dajurisdição - nemo iudex sine actore), com a previsão no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos de

"iniciativas que competem ao juiz para estimular o legitimado a ajuizar a ação coletiva, mediante a ciência aos legitimados da existência de diversos processos individuais versando sobre o mesmo bemjmídico".83 Regra similar é prevista no (Coord.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1 -5 1 . p. 39.

Sobre o lema da admissibilidade da tutela jurisdicional das políticas públicas: ZANETI JR., Hennes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional. Biblio1eca Digital Revis1a Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 201 O.

80. Por óbvio esta não é uma tese teórica absoluta, como o próprio Alexy menciona; com ela concordam Habennas, Henket e MacCom1ick e discordam Kaufmann e Neumann, entre outros. Cf. Robert Alexy.

Teoría de la argwnentaciónjurídica. p. 3 1 1 e ss. Não só o processo, mas o direito, segunda Alexy, seriam exemplos do discurso prático do caso especial. Verificar essa tese com mais detalhe no processo em Hermes Zaneti Jr. Processo Constitucional, passirn.

8 1 . Essas representam atividades de controle do litígio, por exemplo, desmembrando o processo coletivo, certificando a ação coletiva, "flexibilizando" a técnica processual na interpretação do pedido etc.

82. DfNAMARCO, Cândido, Instituições de direito processual civil, v. 1, p. 233. Em complemento ano1a:

"No processo civil moderno a tendência é reforçar os poderes do juiz, dando relativo curso aos fundamentos do processo inquisitivo. Ele tem o dever não só de franquear a participação dos litigantes, mas também de atuar ele próprio segundo os cânones do princípio do contraditório, em clima de ativismo judicial (supra, n. 88). Repudia-se o juiz Pila1os, que deixa acontecer sem interferir". (Instituições de direito processual civil, v. 1 , p. 234.).

83. GRINOVER, Ada Pellegrini, Direito processual coletivo, p. 305. Revela-se muito pertinente a transcrição do dispositivo previsto no CBPC-APG: "Art. 7°. Comunicação sobre processos repetitivos. O juiz, tendo 134

PIUNCiPIOS DA TUTELA COLETIVA

art. 7 da LACP: "Se, no exercício de suas funções, os j uízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão as peças ao Ministério Pliblico para as providências cabíveis." (Lei 7.347/85).

Outro exemplo desse ativismo judicial, apontado pela doutrina, é afluid recove1y, na qual o magistrado deverá definir o valor da indenização residual, em razão da lesão a direitos individuais homogêneos (art. 1 00 do CDC, examinado no capítulo sobre a execução e liquidação coletivas)84.

O princípio revela-se também no controle judicial de políticas públicas os exemplos recentes estão se multiplicando, existindo precedentes, já dos tribunais superiores, confirmando decisões que ordenam a execução de atividades essenciais pelo administradot.s5, a obrigatoriedade do fornecimento de creches86, a reforma de presídios, de hospitais etc87• Em verdade, é bom frisar, as decisões têm salientado não ser permitido 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.

Nesse sentido: "DfREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE

NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLES

CENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO

conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no anigo anterior. Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, far:1 remessa das peças dos processos individuais ao procurador-geral, e este ajuizará a demanda coletiva, designará outro órgão do Ministério Público para fazê-lo, ou insistirá, rnotivadamentc, no não ajuizamento da ação, informando o juiz."

84. GIUNOVER, Ada Pellcgrini, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor anotado pelos autores do a111eproje10, 8" ed., p. 895.

85. 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 hannonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se ã própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o mal ferimento da lei,

nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. "A quesUio do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente." Adernais, "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, confonne estabelecem os arts. 1 O e 1 1 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE." 1 1 . Recurso especial provido. (REsp 575.998/MG, Rei.

Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado cm 07. 1 0.2004, DJ 1 6. 1 1 .2004 p. 1 9 1)".

86. Cf. Boletim lnfonnativo do STF nº4 I O (RE-436996).

87. Sobre o controle dos repasses constitucionais do orçamento da saúde através de ACP cf. Boletim Informativo do STF nº 4 1 9 (R.E-1 90938).

fREDIE DIDIER JR. E HE�IES ZANETI JR.

ESTATUTO DA CRJANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINl DORAS

DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JULZO. INTE

RESSE TRANSJNDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA

FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIYJL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.

2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts.

7° e 1 l do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. " "Art. 1 1 . É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde." 3. Violação de lei federal.

4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficàcia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano.

Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para util izarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever. indicando o sujeito passivo. in casu, o Estado.

5. Consagrado por 11111 lado o dever do Estado, reFe/a-se, pelo 0111ro ângulo, o direito subjelivo da criança. Consectariamente, em/unção do princ ípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado consritucionalmeme, a todo direito

corresponde uma ação que o assegura, sendo cerro que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e lransindividualidade do direi/o em/oco enseja a propositura da ação civil pública.

6. A delerminação j11dicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração.

Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e j ustas garantias constitucionais.

PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou defin idora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de legeferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

l O. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná

-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazei; com repercussão na esfera orçamentária.

l l . 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 j ustiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o j udiciário, alegado o mal ferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

1 3 . Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito.

(REsp n. 577.836/SC, rei. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA,j. em 2 1 . 1 0.2004, publicado no DJ de 28.02.2005 p. 200).

3. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA PROPOSTA

DE CBPC OU NAS REFORMAS DA LEGISLAÇÃO COLETIVA

Como já ressaltamos em outro momento, um microssistema precisa ter premissas próprias muito claras para fazer-se compreensível. Justamente por isso, uma das características do processo de "descodificação", que foi a gênese desses rnicrossistemas, era a presença nas leis novas de uma enumeração preliminar dos seus fundamentos e princípios, facilitando a aplicação pelo intérprete e marcando a distinção com o modelo dos Códigos.

Por essa razão seria ele bom alvitre que os projetos de Código Modelo ou de refonnas legislativas da LACP apresentassem uma enumeração dos princípios que orientam a tutela coletiva, facilitando a sua difusão e utilização prática, bem como fortalecendo seu caráter normativo, de forma a que, quando seja necessário aplicar estes princípios para a CO!Teta solução dos casos dificeis, já haja indicada 1 3 7

na legislação a "exigência de otimização". Tal enumeração de princípios, com

um breve sumário de sua significação, em rol não taxativo, auxiliaria em muito a aplicação do diploma legal que se propõe com os projetos de Código Coletivo.

Não há novidade nesta proposta. Esta já é a experiência de diversas leis brasileiras que configmam microssistemas, por exemplo, a Lei 9.784/99 que regula os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal (art.

2° e parágrafo único), e a Lei 8.078/90, que estabelece o Código de Defesa do Consumidor (art. 4° do CDC), entre outras.

É bom deixar claro que, assim, prestamos nossa adesão ao conceito de "normas narrativas" ("diretivas"88 ou "teleológicas"89), defendido por J.J. Gomes Canotilho, José Afonso da Silva, Cláudia Lima Marques e Erik Jayme:

"Segundo Erik Jayme (Recuei! des Cours, 1995, p. 236), as antigas normas programáticas ganharam eficácia e aplicação importante na pós-modernidade como

'normas narrativas'. O mestre de Heildelberg explica que, na pós-modernidade, os elementos comunicação e narração tomaram a sociedade, as ciências e o direito ... A narração é a conseqüência destes impulsos de comunicação, de informação, que invadem a filosofia do direito e as próprias normas legais. Haveria um novo método de elaborar nomrns legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador nos sistema de fomia a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas. Com tal fluidez e nanatividade, o papel do intérprete e aplicador da lei se multiplica. As 'normas narrativas', como o an. 4°, são usadas para interpretar e guiar, melhor dizendo, 'iluminar' todas as outrns normas cio microssisterna".9º

Mesmo que tenham essas funções, os princípios não deixam de ser normas e, portanto, direta e imediatamente aplicáveis.

Note-se que exatamente isto que faz o atual projeto de Lei da Ação Civil Pública (PL 5. 1 39/2009) ao estabelecer no art. 3º. os princípios do microssistema: 88. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contrib1110 para a compreensão das normas constitucionais programáticas, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

89. José Afonso da Silva, que imroduz1u o termo "normas programáticas" no direito brasileiro, apontou em seus mais recentes escritos a preferência por substituir o adjetivo "programáticas'" por "'teleológicas" cf.

SILVA, José Afonso ela. Curso de Direito Constitucional positivo, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.

96, nota 2 l, onde se lê: "Nas edições anteriores, estava 'embora programá1ieas', que agora substituímos por 'embora de sentido teleológico', porque o termo 'programático' não exprime com rigor o sentido dessas normas e porque se trata de expressão comprometida com teorias ultrapassadas que viam na constituição normas sem valor jurídico que davam aquela denominação."

90. Cf. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; tvllRAGEM. Bmno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - arts. Iº - 74 - aspeclos materiais. São Paulo: RT, 2003. p. 1 1 9. Na teoria constitucional as normas ditas progamáticas passaram a ser denominadas ·'teleológicas" ou "indicativas de fins do Estado",justamente porque se apercebeu da vinculação do legislador e do intérprete ao seu conteúdo, não sendo meros enunciados vazios. Cf. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 96.

PRJNCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

"Art. 3.0. A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios: 1 - amplo acesso à justiça e participação social;

1.1 - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;

l 1 1 - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e

reparação dos danos materiais individuais e coletivos e dos danos morais individuais, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;

V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;

VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que i11teressem à comunidade; V i l - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públ icas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

vm - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e lX - preferência de cumprimento da sentença coletiva sobre o cumprimento da sentença de forma individual com fundamento em sentença coletiva."

CAPÍTULO I V

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, §3°, CF/88); 2.4. Competência quando o dano ou 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. A restrição territorial da eficácia das decisões em ação coletiva: o art. 1 6 da Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e o art. 2° da Lei Federal nº 9.494/97. A decisão da 3º. T. do STJ no R.Esp n. 1243386/

RS - 4. Competência para a ação de improbidade administrativa: 4. 1. A inconstitucionalidade da Lei Federal nº 1 0.628/2002 (Prerrogativa de Função); 4.2. Competência para julgamento dos agentes políticos (Crime de Responsabilidade e Bis in Idem); 5. Outras hipóteses de competência da Justiça Federal para processar e julgar ação coletiva; 6. Competência do STF para as ações coletivas que envolvam conflitos entre estados ou entre esses e a União (art. 102, 1, "P', CF/88) -7. Casos extraordinários de competência originária do STF para julgar a ação popular - 8. Competência para julgamento de ação civil pública sobre poluição visual por propaganda política: Justiça Eleitoral ou Justiça Comum?

1 . PRINCÍ PIO DA COMPETÊNCIA ADEQUADA

Conforme visto no capítulo sobre os princípios, 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 n a 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 natmeza da tutela j urisdicional coletiva exige uma interpretação mais flexível das regras de competência.

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 d.irei to 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.

1 4 1



FREDIE DIDIER .JR. E HERMES ZANETI JR.

2. COMPETÊNCIA TE RRITORIAL

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 corifiada ao juiz de determinado território, pelo fato de ser a ele mais fácil ou mais eficaz exercer a sua fimção.1 Cria-se, então, uma competência territorial funcional (art. 95 do CPC; art. 2º, Lei Federal nº 7.347/85; ait.

4°, Lei Federal nº 6.969/8 1 ; ait. 80, Estatuto do Idoso, Lei Federal nº 1 0.741 /20-03).

A j ustificação apresentada para a criação dessa categoria especial (híbrida) de critério de dish·ibuição 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. 94

do CPC), não objetivava o legislador que neste foro pudesse o magistrado exercer melhor as suas funções?

O caso é de competência territorial, cujo desrespe.ito implica incompetência absoluta (excepcional, é verdade, à luz do art. l l 1 do CPC), semelhante ao regime do foro da situação da coisa, para as ações reais imobiliárias previstas na parte final do art. 95 do CPC.

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

Prevê o art. 2° da Lei Federal nº 7.347/85 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: ECA, Lei Federal nº 8.069/1 990, art. 209; CDC, Lei Federal nº 8.078/1 990, art.

93; Estatuto do Idoso, Lei Federal 1 0.741 /2003, 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.2 Também nesse sentido, mais 1 . CH IOVENDA, Giuseppe. lnstituições de Direito Processual Civil. Tradução de J . Guimarães Menegale.

acompanhado de notas de Enrice Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943, v. 2, p. 259. Também assim LTEBMAN, Enrice Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Trad. Cândido Dinamarco. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 986, p. 65; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil exrravagante em vigo1: 5 ed. São Paulo: RT, 200 1, p. 1 .525.

2. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 120-1 2 1 ; MOREIRA, José Cario Barbosa. "Interesses difusos e coletivos". Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malhetros, 1 993, nº 3, p. 193; MENDES, Aluísio Gonçalves. Comperência cível da jus liça federal. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 19; VfNCENZI, Brunela Vieira de. "Competência funcional - distorções". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2002, nº 105, p. 277-278.

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 1 O.74 1 , 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, 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, que não pressupõem o dano, como as ações inibitórias. 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 Federal nº 4.7 1 7/ 1 965, 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, smge conclusão induvidosa: competência territorial para a ação civil pública é absoluta. A lei qualifica a competência do foro do local do dano cornofuncional, exatamente para que não paire dúvida sobre a natureza de ordem pública dessa regra.

Nesse sentido remetemos a leitura de item abaixo. Ali tratamos em profundidade da matéria da competência na ação de improbidade administrativa, escandindo a competência funcional, sempre absoluta, em f1111cio11al-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".3 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 füncional da competência territorial, preferindo identificá-la, mais tecnicamente, 3. MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. "A expressão 'competancia funcional' no art. 2° da lei da ação civil pública". ln: MTLARÉ, Eclis (coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desa.fios. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 247-255.

143

como competência absoluta determinada em lei, sem uso do adjetivo "funcional" para lhe conferir esta estabilidade. Portanto, competência territorial-absoluta.

2.3. A competência para a ação civil pública e a regra de delegação de competência federal ao j uiz estadual (art. 109, § 3º, CF/88) Discutiu-se se a regra do a.ti. 2° da Lei de Ação Civil Pública é espécie daquelas que autorizam a Justiça Estadual a processar e julgar causas da Justiça Federal, na fom1a do art. 1 09, §3º, CF/88 (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, tendo vista decisão do STF. 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 1 ª Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou, em 1 2.03 . 1 997, o seguinte enunciado de sua súmula, que ganhou o número 1 83: "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."4

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 forn1a autorizada pelo §3º do art. 1 09 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 doutrina5.

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 j ulgamento dos embargos declru·atórios interpostos no CC 27.676-BA, rei. Min. José Delgado, publicado no DJ de 27. 1 1 .2000, p. 1 9 5 .

Eis o extrato d a decisão do STF, no RE 228.955-9 R S , rei. M i n . limar Gal

-

vão, publicado em 1 0.02.2000:

4. São precedentes deste enunciado: CC nº 1 6.075-SP, j. 22.03.1 996, DJ de

22.04.1 996, p. 1 2508; CC nº

12.361-RS,j. 04.04. 1995, DJ de 08.05. 1995, p. l 2.277; CC nº 2.230-RO, j. 26.1 1 . 1991, DJ de 16.12.1991, p. 18.49 1 .

5 . NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigo1: 5' ed. São Paulo: RT, 200 1 , p. 145; CARNEIRO, Alhos Gusmão. Jurisdição e competência. 1 1• ed. São Paulo: Saraiva, 200 1 , p. 146.

COMPETÊNCIA

"O dispositivo contido na parte final do §3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir 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 1 do referido artigo 1 09. 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,

ciljo 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 CDC 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 encaixar-se em qualquer das hipóteses previstas no art. 1 09 da CF/88, que estabelece a competência do juiz federal, deverá tramitar na Justiça Federal necessariamente, não lhe sendo aplicável a regra do § 3° do mesmo art. 1 096•

Impo1iante referir, nesse espaço, que a regra prevista no a1i. 225, § 4°, CF/88, que reputa a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do M ar, o Pantanal M ato-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 hannonizador, devemos analisar a questão paiiindo da sua disciplina normativa. O dispositivo normativo que regula a situação é o ati. 93 do CDC:

"Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a j ustiça local: 1 - 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".

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

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 Dist1ito Federal; b) houve quem afirmasse que, nessas hipóteses, a competência seria exclusiva do foro do D istrito Federal. Essa ó ltima 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".7

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, pacificou a conb·ovérsia 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 concoITente para processar e julgar ações coletivas cujo dano é de âmbito nacional. Ressalte-se, neste aresto, a profunda fundamentação, que abrangeu ambos os lados da conb·ovérsia, com o belíssimo voto de divergência do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, que entendeu o foro do D istrito 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 ale1ia.

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

Quando o dano for nacional, não é possível a fragmentação em diversas ações coletivas por danos locais.

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 7. GRfNOVER, Ada Pellegrini. Código de Defesa do Cons11111idor comentado pelos a11tores do anteprojeto.

5' ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 683.

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 aju izamento da ação em um local especialmente prejudicado pelo ilícito e diverso do foro prevento8, 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 8. O problema da concentração da competência cm um foro prevento, especialmente no foro do Distrito Federal, e seus reflexos no princípio do promotor natural foi amplamente criticado na doutrina, cf., por todos, VENTURJ, Elton. Processo Civil Coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 294-297.

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 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 pa1tir cio qual o dano seria considerado regional, com a atribuição da competência para a capital. No a1t. 22 do CBPC-IBDP, propõe-se que quando o dano atingir quatro ou mais comarcas ou sub-seções 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 oconeria 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 ocon-ido 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 sensibilidade do juízo para os fatos ocorridos próximos de si; a competência do local do dano/ilícito contribui, portanto, para a correção material da decisão.

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/ilicito 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 Gicli, segundo a qual a competência será sempre da Justiça Federal quando se tratar de dano com âmbito nacional, estadual ou regional (art. 4°).9

A proposta serve ao Brasil de legeferenda, pois a competência da Justiça Federal é delimitada constitucionalmente, e não pode ser ampliada por lei infraconstitucional.

9. GIDl, Antônio. "Código de Processo Civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, nº 1 1 1 , p. 195-196.

COMPETÊNCIA

3. A RESTRIÇÃO TERRITORIAL DA EFICÁCIA DAS DECISÕES EM

AÇÃO COLETIVA: O ART. 1 6 DA LEI FEDERAL Nº 7.347/85 (LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLI CA) E O ART. 2º DA LEI FEDERAL Nº 9.494/97. A DECISÃO DA 3ª. T. DO STJ NO RESP N. 1243386/RS.

O art. 1 6, Lei Federal nº 7.347/85, e o ari. 2°-A, Lei Federal nº 9.494/97, visam restringir a eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva, impondo uma

limitação territorial a essa eficácia, restrita ao âmbito da jmisdição do órgão prolator da decisão. Eis os seus textos:

"Art. 1 6. 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 fw1darnento, 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 assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços".

Os clispositivos normativos invocados, que limitam territorialmente a eficácia subjetiva da decisão coletiva, são inconstitucionais e ineficazes.

O art. 1 6 da LACP aplica-se às demandas que dizem respeito às causas coletivas em sentido estrito (direitos difusos e coletivos); o art. 2º -A da Lei Federal nº

9.494/97 aplica-se às demandas que versem sobre direitos individuais homogêneos, especificamente nas causas que envolvem associações.

Atualmente, sabe-se que é plenamente possível a anál ise dos dispositivos legais sob a perspectiva do princípio da razoabilidade. As leis hão de ser razoáveis, proporcionais, e somente assim podem ser aplicadas. A doutrina do substantive due process of law, surgida nos Estados Unidos da América, já apontava para a direção da possibilidade de controle do conteúdo das leis a paiiir dessa perspectiva.

Pois bem.

Os dispositivos são in-azoáveis, pois impõem ex1gencias 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.

Trata-se de evidente apropriação do direito processual pelo "Príncipe/Estado", óbvio abuso do poder de legislar excepcionalmente atribuído ao Poder Executivo
149

e que, no Estado Democrático de Direito, deveria ter vedado o uso do poder

como se fosse seu "Soberano" ou "Supremo M agistrado". Todo poder emana do povo e está limitado pela Constituição (art. 1 º, parágrafo único da CF/88). Soberana é a Constituição, a Constituição atua, el.a mesma, como "Supremo Magistrado"

da nação."º O uso do processo para garantir os interesses do poder e das classes dominantes não é novo, e mereceu forte apelido de "microssistema processual do Estado" em recente obra de doutrina. ' '

A limitação da competência (rectius: jurisdição)12 não deve subsistir frente aos princípios mais simples referentes à ação coletiva, tais como o tratamento molecular do litígio e a indivisibilidade do bem tutelado.13

A restrições teóricas e pragmáticas aos dispositivos podem ser apontadas em cinco objeções:

a) ocon-e prejuízo a economia processual e fomento ao conflito lógico e prático de julgados; b) representa ofensa aos princípios da igualdade e do acesso à jurisdição, criando diferença no tratamento processual dado aos brasileiros e dificultando a proteçãc dos ctireitos coletivos em juízo;

c) existe indivisibilidade ontológica do objeto da tutela jurisdicional coletiva, ou seja, é da natureza dos direitos coletivos lato sensu sua não separatividade no curso da demanda coletiva, sendo legalmente indivisíveis (art. 8 1 , parágrafo único do CDC); 14

1 O. ZAGREBELSKY, Gustavo. li diritro mite: legge. dirilli, giustizia. Nuova edizionc. Torino: Einaudi, 1992.

p. 8- 1 1 .

1 1 . Cf. SILVA, Carlos Augusto. O processo civil como estratégia de poder: reflexo dajudicia/izaçào da polílica no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

12. O que se limita aqui não é propriamente a competência, atribuição de parcela de poder ao juiz, âmbito de decisão do juiz, mas a efetividade dn jurisdição, do dizer o direito. A jurisdição, assim entendida, é por princípio, una em todo território nacional.

13. 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.

ZANETl JR., Hermes. Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais co11troversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001 .

14. "A necessidade ele reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é conseqüência da indivisibilidade cios interesses tutelados (material ou processual [no caso específico dos direitos individuais homogêneos)), tomando 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 tit11lar dos interesses em conflito.". LEONEL, Ricardo Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 259.



d) há, ainda, equívoco na técnica legislativa, que acaba por confundir competência, como critério legislativo para repatiição da jurisdição, com a imperatividade decorrente do comando jurisdicional, esta última elemento do conceito de jurisdição que é wia em todo o tetTitório nacional;

e) por fim, 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 elos Estados ou no Distrito Federal, portanto, nos termos da Lei em comento, ampliou a '�misdição elo órgão prolator"15.

Além disso, corno apontou Nelson Nery Jr., na argüição oral do concurso da Profa. Teresa Wambier para Livre-docente na PUC/SP, em setembro 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 (conforme a EC nº 45, que lhe deu esta nova competência originária, anteriormente do STF: art. 1 05, I, "i"). 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, ele mandado de segurança coletivo ajuizado pelo Sindicato Nacional dos Procmaclores 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 cio parágrafo único, cio art. 2°, ela 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, cio Distrito Federal e cios M unicípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia 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 prolata - conforme caput do referido art. 2°: 'A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo . . .

15. Nesse sentido, aprofundando as críticas aqui esboçadas cf. GRJNOVER, Ada Pelegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo, passim. LEONEL, Manual cio processo coletivo, passim.

abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator' -, entendeu que

ial 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, rei. Min. Moreira Alves, 1 9.2.2002. (RMS-23566) (Lnformativo STF 258/RMS-23566) . 16

Vejamos, ainda, dois posicionamentos explícitos em prol da inconstitucionalidade dos dispositivos normativos por malfetimento ao princípio da razoabilidade (desenvolvimento do princípio da proporcionalidade).

"A norma, na redação dada pela L 9494/97, 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 bavia urgência (o texto anterior vigorava bá doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62, capul ".17

"A i.novação é manifestamente inconstitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo Jegal".18

Conforme anunciado, confundiu-se o legislador na redação dos dispositivos.

Confundiu coisa julgada (lintites subjetivos) com competência. Esse baralhamento já levou doutrinadores de escol a defender a ineficácia da alteração legislativa, por inócua. Eis posicionamento doutrinário, cuja transcrição se faz interessante.

" . . . o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, " 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 courl, 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 1 03), em todo território nacional - e também no exterior-, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada . . . "19

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.20

16. A Refonna do Judiciário elucidou melhor o texto constitucional anterior, restou definido no novo texto constitucional que "§ 2° O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional." (Alt. 92 da CF/88, NR EC 45/04). Para o inteiro teor do voto-líder cf. transcrições no Informativo STF 262.

17. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comenrado e legislação extravaganre, ob. cit., p. 1 .558.

1 8. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas 110 direito co111parado e nacional. São Paulo: RT, 2002, p. 265.

19.

ERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, ob. ciL, p. 1.558.

20. Nesse sen1ido, João Batista de Almeida: "Objetivou-se, desse modo, fazer com que a sentença, na ação civil 152

COMPETÊNCIA

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. 2 1 , LACP, e a1t. 90, CDC). Tudo o quanto se disser em relação ao art. 1 6, LACP, aplica-se ao art. 2º-A, Lei Federal nº 9.494/97, daquele mera especialização. Apontam esse aspecto Nery Jr. e Nery:

"Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 1 03 nas ações

coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACP 2 1 e CDC 90.

Para que tivesse eficácia, deveria ter havido alteração da LACP 16 e do CDC 1 03.

De conseqüência, não há limitação territorial para eficácia erga omnes da decisão proferida em ação civil pública, quer esteja fundada na LACP, quer no CDC".21

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 propositw-a 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;22 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 pública, tivesse seus efeitos limitados à área territorial ela 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 allerar a legislação da maneira que lhe convinha, des11aturanclo a principal marca dn ação coletiva - a coisa julgada -, tão logo se sentiu ameaçado com algo que não deveria incomodá-lo: a delesa coletiva de cidadãos, contribuintes, funcionários públicos etc". (ALMEIDA, João Batista ele. Aspec1os controvertidos sobre a ação civil pública. São Paulo: RT, 200 1 , p. 1 67).

2 1 . NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comemado e legislação ex1ravaga111e, ob. cit., p. 1 .558. No mesmo sentido. MAZZI LLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo.

1 1' 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.). Siio Paulo: Quanier Latin, 2005, p. 334-345.

22. Obviamente, não poderíamos imaginar que o legislador impusesse a obrigatoriedade do ajuizamento de tantas ações civis quantas sejam as unidades territoriais ela 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 pcnnitir 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.

de direitos semelhantes. Ex.igir-se o fracionamento 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".23

Vamos conferir o 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 distnbuí-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".2

E mais: "se o interesse é essencialmente indivisível. . . como limitar os efeitos da coisa julgada a determinado território?"25 O direito em jogo 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 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 unifom1idade do pronunciamento judicial".26

Não obstante todas essas considerações, até pouco tempo atrás era inegável que a jurisprudência do STJ vinha no sentido da aplicação desses dispositivos.

Con:firam-se, por exemplo, os seguintes julgados: lª T., Resp nº 665.947, rei. Min.

José Delgado,j. 02. 1 2.2004, publicado no DJ de 1 2 . 1 2.2005; l ª T., Resp nº 625.996, rei. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 1 5.03.2005, publicado no DJ de 02.05.2005.

Surge, porém, posição diversa no âmbito do mesmo STJ, não aplicando o dispositivo às ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos, sob o fundamento de que a disciplina do art. 93 do Título I I I do CDC cuidaria apenas 23. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas, p. 265.

24. STANDER, Célia; MALTA, Elisa. A coisa julgada nas ações civis públicas e a lei 9.494197. Revista Ltr, 62/637.

25. VIGLIAR, José Marcelo. Ação civil pública. S" ed. São Paulo: Atlas, 200 1 , p. 120.

26. MA CUSO. Rodolfo de Camargo. Ação civil pública. 8' ed. São Paulo: RT, 2002, p. 296.

desses, e não dos direitos difusos e coletivos. Embora não se possa concordar com o fundamento, tendo em vista a premissa deste Curso de que há um microssistema de tutela coletiva, a conclusão, além de alvissareira, ratifica a absurdez da regra: Trata-se de recurso interposto por instituto de defesa do consumidor nos autos de ação civil pública por danos provocados a interesses individuais homogêneos movida contra banco estadual, objetivando-se a condenação ao ressarcimento da diferença de rendimento apurada e creditada a menor nas cadernetas de poupança, em janeiro de J 989. Em síntese, o instituto insurge-se contra parte do acórdão que limitou os efeitos da sentença de procedência do pedido à competência do órgão prolator, beneficiando, no caso, apenas os correntistas residentes no Estado de São Paulo. Isso posto, a Turma, ao prosseguir o julgamento e, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento para estender a eficácia do acórdão recorrido a todos os consumidores que, no território nacional, encontram-se na sit11ação por ele prevista. Entendeu a Min. Relatora que o comando do art. 1 6 da Lei da Ação Civil Pública - mesmo com a alteração trazida pela Lei n. 9.494/1 997, limitando os efeitos da coisa julgada à competência territorial do órgão prolator - não se - aplica aos direitos individuais homogêneos, mas apenas, e quando muito, às demandas instauradas em defesa de interesses di fusos e coletivos. Isso por força do que dispõem os arts. 93 e 103, IH, do CDC, que permanecem inalterados. Essa orientação mostra-se mais consentânea com o escopo da ação coletiva no sentido de evitar a proliferação de demandas desnecessárias. exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. REsp n. 4 1 1 .529-SP, Rei. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4.1 0.2007.

A revisão da j w·isprudência do STJ sobre o tema se anunciava. A Corte Especial do STJ, no REsp n. 1 .243.887-PR, rei . Min. Luis Felipe SaJomão,j. em 1 9 . 1 0.20 1 1 , travou séria discussão em torno do assunto. O Ministro relator posicionou-se no sentido da superação cio entendimento anterior. A discussão foi posta como obter dictum, mas a intensidade e a qualidade dos debates prenunciavam (sinalizam) o provável overruling.

Na sétima edição deste volume, anunciávamos que a possível revisão do entendimento do STJ sobre o assunto se avizinhava.

Foi o que aconteceu.

Aproveitando julgamento anterior, Resp n. 1 .247 . 1 50/PR (Coite Especial, rei. Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 1 2. 1 2.20 1 1), que introduziu novamente na jurisprudência do STJ a questão, a Min. Fátima Nancy Andrighi presta grande contribuição ao avanço da jurisprudência do Tribunal.

Embora com alguma oscilação, o STJ vinha adotando a posição legalista, 1 imitando a eficácia territorial da coisa julgada, nos estritos tennos da lei citada, ou seja, "nos limites territoriais do órgão prolator", conforme demonstramos.

A Corte Especial do STJ, mais recentemente, ao julgar recursos especiais repetitivos (art. 543-C, do CPC), vinha demonstrando ânimo para superar o entendimento consolidado.

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Na ementa dos precedentes (REsp 1243887 e REsp 1247150), o STJ firmou a tese para os.fins do art. 543-C do CPC estabelecendo: "os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos lirnües objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 1 03, CDC)", ou seja, a sentença não está

circunscrita aos limites territoriais do órgão prolator (lindes geográficos), mas somente a "extensão do dano" e "a qualidade dos interesses rnetaindividuais postos em juízo", isso decorre da conjugação dos arts. 93 e 1 03 do CDC, deixando claro que os direitos coletivos lato sensu são indivisíveis para fins de tutela, tutela que se dá molecu-

. larmente e não de forma individualizada.

Naqueles casos o STJ afastou a aplicação da norma para consolidar o entendimento de que cabe ao consumidor (titular do direito individual vinculado à decisão genérica) escolher o juízo mais conveniente para promover a liquidação e a execução (o próprio domicílio, o do domicílio do réu, o do domicílio dos bens sujeitos à eventual expropriação ou o da sentença, art.475-P do CPC c/c art. 98, §

2°, l do CDC). Posicionamento que também sempre defendemos.

Mas agora o STJ avançou ainda mais.

A decisão aqui comentada veio reforçar este entendimento, conforme se depreende da ementa:

PROCESSO ClVlL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SlN D ICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTC ES.

LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMEN

TO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITfMIDADE DO SINDICATO.

PERTlNÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA D A DECISÃO. LfMITAÇÃO À CIR

CUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. 1 . O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de direitos coletivos em sentido estrito, e de direitos individuais homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva.

2. Há relevância social na discussão dos royalties cobrados pela venda de soja

geneticamente modificada, uma vez que o respectivo pagamento necessariamente gera impacto no preço final do produto ao mercado.

3. A exigência de pertinência temática para que se admita a legitimidade de sind.icatos na propositura de ações coletivas é mitigada pelo conteúdo do art. 8º, 1 1 , da CF, consoante a jurisprudência do STF. Para a Corte Suprema, o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do 'writ', exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. Precedente.

COMPETÊNCIA

4. A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo ait. 2-A da Lei 9.494/97. Precedente.

Recentemente, contudo, a matéria pennaneceu em debate.

5. A distinção, defendida inicialmente por liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a /imitação territorial dos efeitos da

coisa julgada estabelecida pelo art. / 6 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão ju/gado1:

6. O art. 2°-A da Lei 9.494194 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelw; de maneira ampla, os direitos de todos osprodutores rurais que laboram com sementes transgénicas de Soja RR, ou seja, foi aju izada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. A limitação do ar/. 2-A, da Lei nº

9.494197, portanto, não se aplica.

7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido.

Recurso dos Sindicatos provido.

(3ª T., REsp n. 1 .243.386/RS, Rel. Mina. Nancy Andrighi,j. em 1 2.06.2012, publicado no DJe de 26.06.20 1 2) A maior novidade do precedente foi sem dúvida revisar o antigo entendimento que reconhecia plena vigência ao art. 1 6 caput da LACP e do seu corolário no art.

2°-A da Lei 9.494/1 994.

Excelente precedente, que mostra que o STJ dá sinais claros do amadurecimento sobre a matéria, em prol da maior efetividade material dos processos coletivos.

Espera-se que a osci lação termine e essa orientação se consolide em definitivo, e para todos os processos coletivos, não apenas para o processo coletivo do consumidor, atingindo todas as demais situações jurídicas coletivas merecedoras de tutela, em especial as relativas ao meio ambiente.

4. COMPETÊN C IA PARA A AÇÃO DE I M PROBIDADE A D M I N IS

T RATIVA

4.1. A inconstitucionalidade da Lei Federal nº 1 0.628/2002 (Prerrogativa de 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 157

de improbidade adminjstrativa 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, l do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40).27 Essa era a grande dúvida.

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 inexjstência de nom1a expressa em sentido contrário (e a competência é sempre típica e se interpreta restritivamente), ou do tribunal com competência para processá-los em eventual ação penal.

O Superior Tribunal de Justiça, em dois momentos, assentou a competência do juízo singular, em razão da inexistência de regra expressa de competência em sentido contrário, muito embora afirmasse que "de lege ferenda, impunha-se a urgente revisão das competências jmisdicionais".

"RECLAMAÇÃO. Inquérito Civil Público instaurado pelo Ministério Público para apurar atos de improbidade administrativa cuja prática é atribuída a agentes políticos que, em instância penal e em sede de mandado de segurança, são jurisdicionados originariamente do Superior Tribunal de Justiça. A competência originária do STJ está arrolada no art. 1 05, 1, da Constituição Federal, não comportando extravasamento que ultrapasse os rígidos limites nele fixados. Inexistência de usurpação da competência. Reclamação que se julga improcedente. Data da Decisão 1 7/ l 0/200 1 . (RCL

nº 580-GO, Rei. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 1 8/02/2002, p . 2 1 O).

Improbidade Administrativa (Constituição, art. 37, § 4°, Cód. Civil, arts. 159 e 1 .5 1 8, Leis nºs 7.347/85 e 8.429/92). Inquérito civil, ação cautelar inominada e ação civil pública. Foro por pre1rngativa de função (membro de TRT). Competência. Reclamação.

1 . Segundo disposições constitucional, legal e regimental, cabe a reclamação da

parte interessada para preservar a competência do STJ.

2. Competência não se presume (Maximiliano, Hermenêutica, 265), é indisponível e típica (Canoti lho, in REsp-28.848, DJ de 02.08. 93). Admite-se, porém, competência por força de compreensão, ou por interpretação lógico-extensiva.

3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art.

27. Cf. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral, 5 ed. Niterói: lmpetus, 2005. p. 735-737; NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal come111ado, 4 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, lU; 55, IV, VI e 55, § 2°. da CF/88. Art. 1 6 da Lei 7.716/8 9 - crime de racismo: "Constitui efeito da condenação a perda de cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do 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.



COMPETÊNCIA

1 05, 1, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil.

Competência, portanto, de juiz de primeiro grau.

4. De lege /e renda, impõe-se a urgente revisão das competências jurisdicionais.

"· À míngua de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial,' por maioria de votos,jplgou improcedente a reclamação. (RCL 59 l/SP, rei. Min. Nilson Naves, DJ DATA I 5/05/2000, p. l 12)".

Parcela da doutrina adotava outrn posicionamento:

"Se os delitos de que trata a Lei 8.429/92 são, efetivamente, 'crimes de responsabilidade', então é imperioso o reconhecimento da competência do STF toda vez que se tratar de ação movida contra Mil1istros de Estado ou contra integrantes de Tribunais Superiores (CF, art. 1 02, 1, 'c').

É bem verdade que a qualificação dos delitos previstos na Lei 8.429/92 coloca o intérprete aparentemente em face de uma ' lacuna oculta', na qual, como se sabe, o texto legal reclama uma restrição que decorre do próprio sistema ou de princípios que lhe são imanentes. Nesse caso, ter-se-ia de reconhecer que as normas da mencionada lei não seriam aplicáveis às autoridades submetidas a procedimento constitucional especial, na hipótese de ser-lhe imputada a prática de crime de responsabilidade.

Se, ao contrário, se reconhece que se cuida de uma 'ação civil' de fortes características penais, também não existe outrn solução dentro do sistema senão aquela que considera que serão competentes, por força de compreensão, para processar e julgar a ação, os tribunais que detêm a competência originária para o processo-crime contra a autoridade situada no pólo passivo da ação de improbidade.

Poder-se-ia argumentar que essa construção poderia não ser aceita, porquanto a regra que baliza o estatuto jurídico-constitucional brasileiro é a da inextensibilidade da competência do STF.

Cabe observar, entretanto, que a jurisprudência da Corte indica que esse entendimento comporta temperamentos, uma vez que é o próprio Supremo Tribunal que admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando resulte implícita no próprio sistema constitucional".28

No entanto, foi publicada a Lei Federal oº 1 0.628/2002, que modificou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, para que dele conste,

expressamente, a regra de competência para a ação de improbidade administrativa que envolva os agentes públicos que possuem foro em razão da prerrogativa de suas funções (§2° do a1t. 84). Na vigência daquele dispositivo, agora decretado inconstitucional pelo STF na ADI's 2797 e 2860, a lei que determinava o processamento de ação de improbidade administrava contra agentes políticos diretamente no foro 28. MENDES, Gilmar Ferreira e WALD, Arnold. "Competência para julgar ação de improbidade administrativa". Revis la de Processo. São Paulo: RT, 2002, n• 1 07, p. 256.



privilegiado, também o eventua 1 inquérito civil deveria ser presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição para oficiar no respectivo tribunal. Eis o dispositivo inconstitucional:

"Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribtmais de Justiça dos Estados e do DistTito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1 º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2°. A ação de improbidade. de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de .1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa ele foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § l º"'.29

Foi criada, assim, mais uma hipótese de regra especial de competência cível por prerrogativa de função equiparada à penal, que se alia às outras já existentes previstas para os mandados de segurança impetrados contra certas autoridades.

Acabava-se, ao menos no plano do direito positivo, com a discussão quanto à existência de regra de competência.

Como se viu, Barbosa Moreila, pugnando pela pureza dos conceitos na matéria em exame, entende ser material J competência que determina o foro por prerrogativa de função. Isso vale igualmente para o mandado de segurança, quer individual ou coletivo, tanto quanto paia as ações ele improbridade administrativa na feição da precitada lei. Transcrevemos a passagem por sua cabal importância para a boa compreensão da matéria: "Também parece material o critério cuja aplicação atribui a determjnado tribunal compt:tência para a ação rescisória julgada por ele próprio ou por órgão ele grau inferior, ou a competência para mandado ele segurança impetrado contra ato jurisdicional. [em nota: para Cândido Dinamarco . . . é funcional o critério em ambas as hipóteses, porque se cuida de processos interligados . . . - fugindo da concepção alemã por

se tratar de outro processo] Achamos conveniente preservar a pureza conceptual que limita o critério funcional de distribuição da competência à repartição das funções exercidas num mesmo processo. Ora, nem a ação rescisória, nem o mandado de segurança contra ato jurisdicional se situam no mesmo processo em que se proferiu a decisão n.:scindenda ou se praticou o ato impugnado. Não se nega com isso que o critério funcional de divisão da competência possa adquirir relevância em processo da competência originária de tribunal. Basta pensar na possibilidade de caber recurso, contra a decisã0 de um órgão, para outro do mesmo IYibunal. Hipóteses tais contêm-se no campo demarcado segundo o critério proposto na Alemanha, a saber: 29. Perceba, primeiro, a regra ampliava a competência dos tribunais para depois do fim do mandato, questão que já havia sido suprimida pela jurisprudência do STF; segundo, a regra não falava em crimes de responsabilidade, mas nos atos de impi obidade com sanções penais, equiparando o foro por prerrogativa de fünção penal ao foro adequado para julgamento da improbidade.

divisão da competência em razão de diferentes funções exercidas por órgãos distintos, dentro do mesmo feito. O que não consideramos próprio da competência funcional, porque não resulta da aplicação daquele critério, é a indicação de um tribunal como o órgão perante o qual a ação deve ser intenlada ". Neste último caso a competência será material, como o é nos casos de ações para o controle concentrado de constitucionalidade de nonua federal, todas de competência do STF nos tennos da CF/88.30

Contudo a norma não pôde prosperar em nosso ordenamento. É que, de fato, houve uma ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de .Justiça via lei infraconstitucional, o que, segundo a maioria expressiva da doutrina e da jurisprudência assentes, não é possível. Mesmo se se considerar que a competência para a ação de improbidade administrativa (quando em razão de atos de certas autoridades) estava implicitamente prevista na Constituição Federal, remanescia a questão da competência para julgar as causas, cíveis e penais, mesmo após a cessação do exercício da função pública.

A Associação Nacional dos Membros do M i nistério Público (ADI 2797) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 2860) ingressaram com ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei nº 1 0.628/02. No julgamento conjunto de ambas as ADIS, foram rejeitadas as preliminares por unanimidade e entendeu, no mérito, por decretar a inconstitucionalidade da Lei por duas razões principais: a) impossibilidade de criar competência dos tribunais superiores por norma infraconstitucional; b) natureza cível (não penal) da ação de improbidade administrativa. Conforme noticiado no Informativo do Supremo Tribunal Federal, a norma foi julgada inconstitucional:

"LEI 1 0.628/02 - 'INCONSTITUCIONALI DA DE' - Improbidade Administrativa e Prerrogativa de Foro -Ação Civil - Impossibilidade de Alterar a Competência do STF Mediante Lei Ordinária.

O Tribunal concluiu julgamento de duas ações diretas ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB para declarar, por maioria, a inconstitucionalidade dos §§ 1. 0 e 2° do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art.

1 º da Lei 10.628/2002 - v. Jnfomrntivo 362. Entendeu-se que o § 1 ° do art. 84

do CPP, além de ler feilo interprelação aulênlica da Carla Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constilucional, usurpou a compelência do STF

como g11ardicio da Consliluição Federal ao inverler a leilura por elejáfeila de norma conslilucional, o que, se admitido, implicaria submeler a inlerprelação constilucional do Supremo ao referendo do legislador ordinário. Considerando, ademais, que o § 2º do art. 84 do CPP veiculou duas regras - a que estende, à ação de improbidade administrativa, a competência especial por prerrogativa de

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



função para inquérito e ação penais e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do § 1 º do citado artigo - concluiu-se que a primeira resultaria na criação de nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal, e, a segunda estaria atingida por arrastamento. Ressaltou-se, i demais, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conform se depreende do § 4° do art. 3 7 da CF, e que o STF

jamais e11tende11 ser competf nte para o co11heci111emo de ações civis, por ato de oficio, ajuizadas contra as a•1toridades para cujo processo pe11a/ o seria. I nformativo STF 40 l (ADT-2860)".

Fica a advertência de que o constituinte derivado poderá alterar a competência do Supremo Tribunal Federal, ampliando o rol taxativo determinado na Constituição. Aliás, como fez em várias passagens na EC 45/05. 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), a questão ainda não foi encerrada.

4.2. 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 adminjstrativa ou se lhes cabe, apenas, a imputação de crime de responsabilidade.

Na Reclamação n. 2 . 1 38, em cujo bojo o Plenário do STF discutiu a questão, decidiu, por apertadíssima maioria (6 X 5), que os agentes políticos não se submetem à Lei de improbidade (Informativo do STF n. 47 1 ,junho de 2007). Há um dado relevante neste julgamento: dos cinco votos vencidos, apenas um (o do Min. Carlos Velloso; os demais são Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mel lo) foi proferido por um minisb·o já aposentado; dos seis votos vencedores, três foram proferidos por ministros que não mais compõem a corte (Nelson Jobim, Maurício CotTeia e l imar Galvão). No mesmo

dia, logo em seguida, o STF, julgando PET n. 3923 QO/SP (rei. Min. Joaquim Barbosa), relativa a uma ação de improbidade proposta contra um ex-prefeito (agora Deputado Federal por São Paulo, Sr. Paulo Maluf), os Ministros Lewandowski, Carlos Britto e Celso de Meti afirmaram a sua posição favorável à aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos. Essa manifestação, mesmo em obter dictum, revela que a nova cotrposição do tribunal parece ser favorável à revisão 162

COMPETÊNCIA

do posicionamento adotado na Rei. 2 138 para, assim, entender aplicável, corretamente, a Lei de Improbidade aos agentes políticos.

Note que dois desses ministros não votaram naquela primeira reclamação, pois ingressaram no STF no lugar de ministros que já haviam votado; se todos mantiverem os seus posicionamentos, já são seis votos favoráveis a essa tese, isso sem contar com o voto da Min. Carmem Lúcia, que ainda não se manifestou expressamente.

Tudo indica, portanto, que esse pensamento do STF será revisto, ainda bem.

Existem duas opções possíveis diante do impasse temporal causado. A primeira é reconhecer que a decisão na RCL 2 . 1 3 8 não tem nenhuma estabilidade idônea para produzir efeito de precedente persuasivo sobre os juízes de grau inferior,31 e, portanto, ausente qualquer elemento de segurança jurídica. Enquanto não pacificada a jurisprudência do STF nada autoriza atribuir força vinculativa ao j ulgamento de agentes políticos quer quanto ao foro por prerrogativa de função, quer quanto ao não-cabimento das ações de improbidade em situações que tais. Isto é assim, até porque exatamente o contrário é indicado pela nova composição da Corte.

Os :fundamentos do voto do Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes são decisivos para defender a duplicidade dos sistemas de responsabilização (política e judicial). Yale transcrever o quanto noticiado no Informativo 47 1 :

"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. 1 02, T, 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 específica da Lei 8.429/92, que disciplina o art. 37, § 4°, da CF, de tipificação cerrada e de incidência sobre um amplo rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham ví.nculo 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. 9° da Lei 1 .079/1950. Esclarecia que o arl. 37, § 4°, 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 3 1 . Sobre a distinção entre precedentes vinculativos e persuasivos cf. PlCARDJ, Nicola. Appunti sul precedente giudiziale. Rivista Trimestra/e di Dirillo e Procedura Civil e, n. 1 , p. 201-208, 1985. Também traduzido para o português em recente e imprescindível volume: PlCARDl, Nicola. "Notas sobre o precedente judicial". Trad. Hermes Zaneti Jr. ln: PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org. e revisor técnico da tradução). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127-1 54.

jurídico da improbidade previ�ta no art. 85, V, da CF e na Lei 1 .079/50, direcionada aos fins políticos, ou seja, de apw-ação da responsabilização política, assumiria outra roupagem, porque o objetivo c.:onstitucional 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 inabil itação para o exercício de funções públ icas por 8

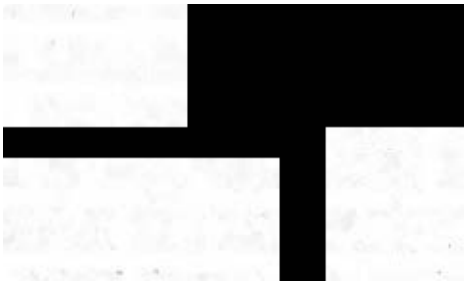
anos. Dessa forma, estar-se-ia diante de entidades distintas que não se excluiriam e poderiam ser processadas �eparadamente, em procedimentos autônomos, com resultados diversos, não obstante desencadeados pelos mesmos fatos. Salientando que nosso ordenamento jurídico admitiria, em matéria de responsabilização dos agentes políticos, a coexistênc.ia de um regime político com um regime puramente penal, afirmava não haver raz ão para esse mesmo ordenamento impedir a coabitação entre responsabiljzação 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 en ão 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 nonna de estatma constitucional, sendo insuscetível de extensões a situações outras que não as previstas no próprio texto constitucional. Destarte, a aç.io proposta deveria ter seu curso normal perante as instâncias ordinárias. Rei 2 1 3 8/DF, rei. orig. Min. Nelson Jobim, rei. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 1 3 .6.2007. (Rcl-2138)."

A base legal e a interpretação constitucional destes dispositivos é clara. Não permite enganos, muito embora seja ainda mais clara a sua base moral e republicana.

Contudo, como a decisão na RCL 2 . 1 3 8 foi tomada pelo Pleno do Tribunal, outro entendimento, fundado na tese da "objetivação do controle difuso", defendida por um dos autores desta obra (v. 3 deste Curso, capítulo sobre

recursos extraordinários) possibilitaria a utilização da decisão como paradigma. Salientando, de todo modo, que enquanto não for revisto, o posicionamento poderia ser aplicado unicamente ex nunc, aplicando-se por analogia o disposto no art. 27

da Lei Federal n. 9.86811999, impedindo que ela possa servir como paradigma para a desconstituição das inúmeras decisões que aplicaram a lei de improbidade a agentes políticos, nota.damente em relação aos prefeitos. Deve o STF proceder de maneira semelhante àquela em que, no julgamento de um habeas corpus, reconheceu a inconstitucionalidade de um dispositivo da lei de crimes hediondos, dando a essa decisão eficácia não-retroativa (HC 82.959, julgado em fevereiro de 2006), por imperativo de politicajudiciária (segurança jurídica), nos mesmos moldes da decisão no CC 7 .024, julgado em dezembro de 2005, que determinou 164



que o marco temporal para a competência da Justiça do Trabalho nas ações indenizatórias é a EC 45/04.

Note, porém, que já ocorreram reiterados posicionamentos do Supremo Tribunal Federal contrn a aplicação do precedente fixado na RCL 2 . 1 38 aos Prefeitos Municipais, segundo o próprio STF entendeu, o precedente somente se aplica aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O STF já decidiu que não há equiparação entre os casos decididos nos precedentes da RCL 2.1 38, com o caso especial dos prefeitos municipais, ou seja, existe ausência de identidade material entre os precedentes-paradigmas invocados e o caso concreto dos prefeitos municipais. Trata-se de uma aplicação direta da idéia do distinguishing, quer dizer, da diferenciação entre o substrato fático que gerou o precedente e o substrato fático da causa em que se requer sua aplicação. Nesse sentido:

"PROCESSUAL. ATO DE lMPROBIDADE DE PREFEITO M UNICIPAL. CON

FIGURAÇÃO COMO CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DO

surz MONOCRÁT!CO PARA PROCESSAR E JULGAR o FEITO. AUSÊNCIA

DE IDENTIDADE MATERJALCOM OS PARADIGMAS TNVOCADOS. AGRA

VO IMPROVIDO. l - 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. 11 - O STF tem entendido, nessas hipóteses, que os atos de improbidade administrativa devem ser caracterizados como crime de responsabilidade. Jll - 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 cio 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, rei. Min. R icardo Lewandowski, j. em 25.06.08, publicado no DJe

de 29.08.2008, V. 2330-02, p. 306).

Por outro lado, tendo como requerido o Min. Gilmar Mendes o STF entendeu, por maioria, pelo arquivamento das ações de improbidade contra seus membros, utilizando para tanto o precedente fixado na RCL n. 2 . 1 3 8 :

"Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. l . Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros.

2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1 ° grau de jurisdição no tocante aos demais." (Pet. - QO. 32 l I/

DF, rei. Min. Marco Aurélio, rei. pi o acórdão Min. Menezes Direito, j . 1 3.03.08, Tribunal Pleno). "AGRAVO R EG I M ENTAL NA PETIÇÃO. ILEGITI M I DADE

DE ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA REPRESENTAR

CONTRA M IN ISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOCORRÊNCIA DE RATCFlCAÇÃ O DA PETIÇÃO INICJAL PELO PROCURADOR-GERAL

DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE AÇÃ O D E IM

PROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA AGENTE POLÍTICO: QUESTÃO

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

PREJUDICADA PELO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO N. 2. 138.
AGRAVO

REGIMENTAL PREJUDICADO. l . Competência exclusiva do Chefe do Ministério Público Federal para representar contra Ministro do Supremo Tribunal Federal. 2. O

Procurador-Geral da República restringiu-se a ponderar sobre a inconstitucional idade dos parágrafos 1° e 2° do art. 84 do Código de Processo Penal (alterado pela Lei n.

l 0.628/2002), deixando passar a opornmidade processual de atuar como único titular dos processos em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal no caso de ação de improbidade administrativa contra os agentes políticos. 3. A decisão proferida na Reclamação n. 2.1 38, a cujo resultado a Ministra Ellen Gracie fez acoplar o presente processo, concluiu de modo que torna prejudicada a discussão a presente ação. 4. Agravo regimental p1ejudicado". (Pleno, Pet-AgR n. 3053/DF, rei., Min.

Carmen Luciaj. em J 3.03.2008, publicado no DJe de 2.5.2008, v .. 23 1 7-02, p. 306).

5. OUTRAS ffiPÓTESES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO COLETIVA

Conforme visto no v. 1 de te Curso, compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que houver grave violação a direitos humanos (art. 1 09, V-A, CF/88) e que envolverem direitos indígenas (art. 1 09, XI, CF/88).

Cabe lembrar, neste momento, que a hipótese do inciso V-A do art. 1 09 da CF/88 diz respeito tanto a açõ s 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 § 5° desse mesmo art. 109, pode estar no âmbito de atuação da Justiça Federal se, a requeri_rnento 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 essafederalização pode ocorrer ainda durante a tramitação do inquérito civil (§ 5° do art. 1 09 da CF/88).

O inciso XI do art. 1 09 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, co110 se vê, essencialmente para as ações

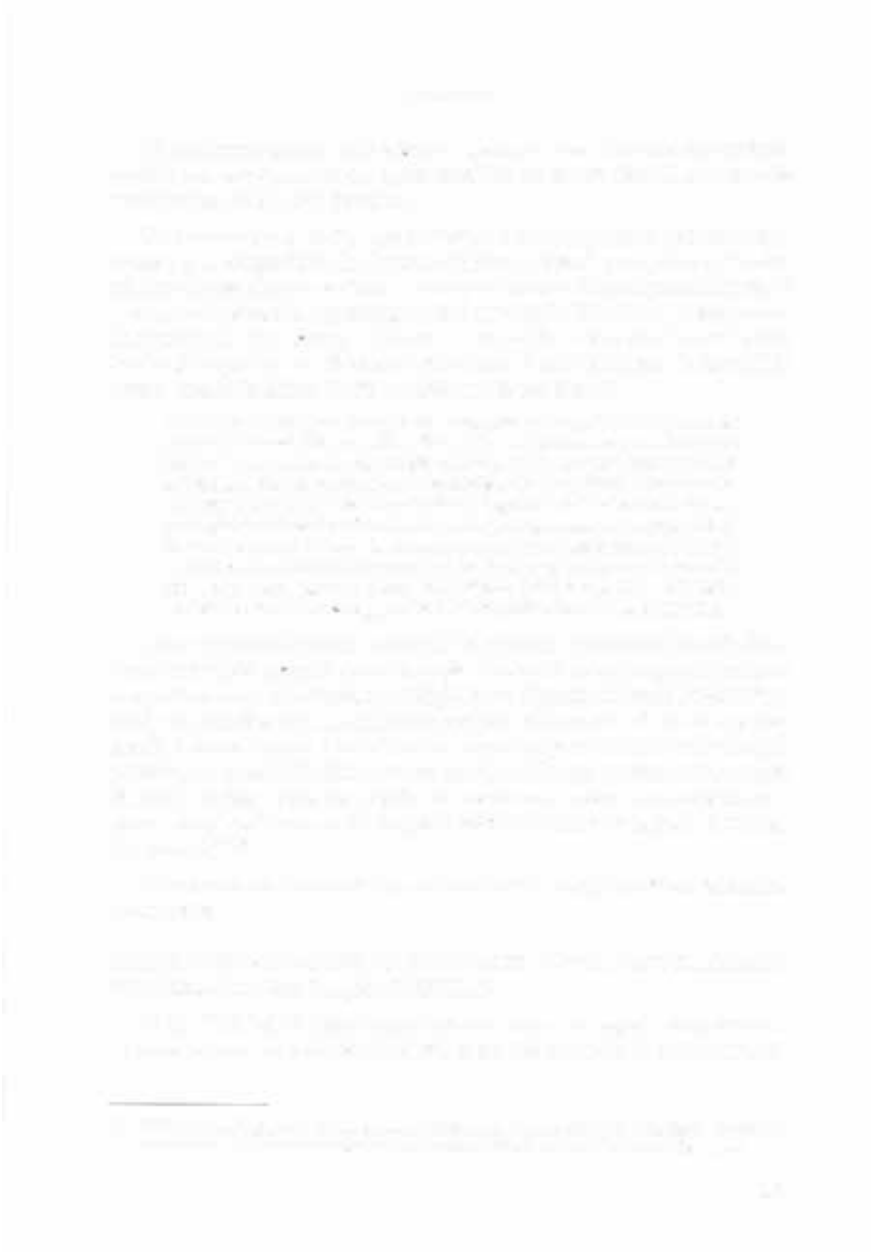
coletivas.

6. COMPETÊNCIA DO STF PARAAS AÇÕES COLETIVAS QUE ENVOL

VAM CONFLITOS ENTRE ESTADOS OU ENTRE ESSES E A UNIÃO

(A RT. 102, 1, "F", CF/88)

De acordo com o art. 1 02, l,f, da Constituição Federal de 1 988, compete ao STF processar e julgar, originariamente "as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o D•strito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da adm nistração indireta".



COMPETÊNCIA

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 Pe1tence, 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 M inas Gerais e o órgão ambiental federal : EMENTA: Reclamação: procedência: usurpação de competência originária do Supremo Tribunal (CF., art. 1 02, 1, "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 implememação ou a própria viabilidade de um projeto de grande vulto do governo da União. Precedente: ACO

593 - QO, 7.6.0 1 , Néri da Silveira, RTJ 1 82/420. (STF, Pleno, Rei n. 3074/MG, rei. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 04.08.2005, publicado no DJ de 30.09.2005) Como afitma 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, pmtanto, 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)"32.

O caso ce1tamente servirá de paradigma para a solução de outros problemas semelhantes.

7. CASOS EXTRAORDINÁRIOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF PARA J U LGAR A AÇÃO POPULAR

O art. 5° da Lei de Ação Popular determina que, em regra, a competência é do juízo de p1imeiro grau de jurisdição, conforme a origem do ato impugnado, 32. 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.

a



desembargadores

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

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 ção popular a uma das justiças especiais, como a Justiça Eleitoral.

Pottanto, 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 Unjão" (Pet 2.01 8-AgR, rei. Min. Celso de Mello, j. 22.8.2000, DJ. 1 6.2.200 1).

Não obstante, existem duas exceções de ordem constitucional.

Quando: a) ação popular interessar a totalidade de juízes estaduais e/ou ficar configurado, após o julgamento na primeira instância, o impedimento de mais da metade dos

para apreciar o recurso voluntário ou a remessa

obrigatória, ocorrerá a competência do Supremo Tribunal Federal, com base na letra n do inciso 1 do art. 1 02 da CF/88 (AO 859-QO, rei. p/ AC. Min. Maurício Corrêa, j. 1 1 . 1 0.200 1 , DJ. O l .8 2003). Quando a causa substantivar conflito entre a União e Estado-membro (Pet. 3.674-QO, rei. Min. Sepúlveda Pertence, j .

4. 1 0.2006, DJ. 1 9 . 1 2.2006). Sobre esse tema ver abaixo o caso do conflito entre os interesses da União e dos Estados-membros decorrente da transposição das águas do Rio São Francisco.

O STF entendeu, em 1993. q 1e 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, porqu rnto todos os juízes de direito que existiam à época (apenas seis) eram recém empossados e, assim, ainda não haviam adquirido vitaliciedade, não possuindo a indepi!ndência necessária para conduzir o processo e julgar a referida ação popular: ·'Ora. estando os juízes de 1 ° 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 Jos componentes deste, o juiz aaniral, conceituado este como juiz com garantias de independência, juiz imparcial, juiz confiável, não existe, no caso". (STF, Pleno, Rei n. 4 1 7, rei. Mia. Carlos Velloso, j. 1 1 .03 . 1 993, publicado no DJ de 1 6.04.1 99.3).



COMPETÊNCIA

8. COMPETÊNCIA PARA J ULGAMENTO D E AÇÃO CIVIL P Ú BLICA SOBRE POLUIÇÃO VISUAL POR P ROPAGANDA POLÍTICA: JUSTIÇA

ELEITORAL OU JUSTIÇA COMUM?

Conforme recentemente noticiado, o STJ 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 nã.o versa sobre questão eleitoral, não há razão para que tramite n a Justiça Eleitoral, ainda que o il.ícito 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 J úri.

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: "ADMTNl STRATIVO. CONFLITO

NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROPAGANDA ELEITORAL. DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. AUSÊNCIA DE MA

TÉRlA ELEITORAL. COMPETÊNCIA DA J USTIÇA ESTADUAL. l . A Justiça Eleitoral, órgão do Poder Judiciário brasileiro (art. 92, V, da CF), tem seu âmbito de atuação delimitado pelo conteúdo constante no art. l 4 da CF e na legislação espec.ífi.ca. 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, apLtração e diplomação, ato que esgota a competência especializada (art. 1 4, parágrafo 1 0, CF)" (CC 1 0.903/RJ). 3. ln casu, sobressai a incompetência da justiça eleitoral, uma vez que não está em discussão na referida ação civi.l pública direitos políticos, inelegibilidade, sufrágio, partidos políticos, nem in fração 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 9.605198 em face do dano impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, 1 69

conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradas 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 2" Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado.

(STJ, lª S., CONFLITO DE C OMPETÊNCIA Nº 1 1 3.433 -AL, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. em 24.08.201 1 , publicado no DJe de 1 9 . 1 2.201 1).

CAPÍTULO V

CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES

COLETI VAS E A RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETI VAS

E AÇÕES INDIV IDUAIS

Sumário • 1. Conexão: 1 . 1 . Considerações gerais sobre n conexão; 1 .2. A conexão e a prevenção na tutela jurisdicional coletiva; 1 .3 . A conexão em causas coletivas pode importar modificação de uma regra de competência absoluta? É possível falar em juízo prevento universal? 2. Litispendência: 2. 1 . Considerações gerais sobre a litispendência; 2.2. Litispendência entre demandas coletivas: 2.2. 1 . Generalidades. Litispendência entre demandas coletiv<is propostas por legit.imados diversos; 2.2.2. Efeito da litispendência entre demandas coletivas com partes distintas; 2.2.3. Identidade da situação jurídica substancial deduzida; 2.2.4. Litispendêneia entre demandas com causas de pedir distintas; 2.2.5. Litispendência entre as demandas coletivas que tramitam sob procedimentos diversos; 2.2.6. Há litispendência entre uma ação coletiva que versa sobre direitos difusos e outra que versa sobre direitos individuais homogêneos? 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, § 1°, da Lei n. 12.0 1 6/2009. Possível inconstitucionalidade. Apelo ao microssistema; 3.4. 1-lá continência entre ação coletiva e ação individual?; 3.5. O direito à auto-exclusão (right to opt 0111) 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 . 1 10.549/RS (recurso especial repetitivo); 3.7. Comunicação da existência de processos repetitivos ou outro fato que possa dar ensejo ao ajuizamento de ação coletiva (art. 7° da LACP).

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 enh·e 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 (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.: ait. 1 03 do CPC

brasileiro). Cogita-se de conexão até mesmo quando o vínculo entre demandas se estabelece pela semelhança do objeto da prova (conexão probatória), como 1 71

é exemplo o inciso I I do ait. 6" da proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos formulada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual 1 •

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 preencbünento de pressupostos diferentes2•

A conexão é fato jurídico processual que nonnalmente produz o efeito jurídjco 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 jmídico mais tradicional da conexão.

É possível, porém, que a conexão produza outro efeito jw·ídico. lmagine-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 Uá que são semelhantes, é bem possível que a atividade processual de uma sirva a outra) e evitar a prolação 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, processamento simultâneo. Houve um caso na Bahia emblemático: 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 1 . "Art. 6°. Relação entre demandas colellvas- Observado o disposto no artigo 22 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie podcrãe ser reunidas, de ofício ou a requerimento das parles, ficando prevento o juízo perante o qual a dcmand;. foi distribufda em primeiro lugar, quando houver: (...) ri - conexão probatória, desde que não haja prcjuin à duração razoável do processo".

2. A propósito dos diversos conceitos de conexão, MOREIRA. José Carlos Barbosa. A conexão de causas como pressuposto da reconve11çào. Sãi> Paulo:

Saraiva, 1 979.

1 72

CONEXÃO E LITISPE DENCIA ENTRE AÇÕES COLETIV;\S E A RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS . . .

entre as questões fáticas, que darão ensejo a 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 ce11amente dificultaria o seu andamento regular). Constatou-se a conexão, determinou-se a reunião dos processos, mas não se detenninou o processamento simultâneo.

Há uma proposta de alteração da Lei de Ação Civil Pública, que ora tramita no Ministério da Justiça, que propõe nova redação ao art. 6° dessa lei, que teria um § 2° com a seguinte redação: "§ 2°. Na hipótese de conexão ou continência entre ações coletivas referidas ao mesmo bem jurídico, o juiz prevento, até o início da instrução, deverá determinar a reunião de processos para julgamento conjunto e, iniciada a instrução, poderá determiná-la somente se não houver prejuízo para a duração razoável do processo". Note que, pela proposta, as causas conexas estariam no juízo prevente, mas somente teriam processamento necessariamente simultâneo se isso ocorresse até o início da instrução. Após o início da instrução, o processamento simultâneo somente ocorreria se não houvesse prejuízo à duração razoável do processo. Trata-se de proposta que confirma o que foi dito linhas acima: conexão que pode produzir reunião dos processos, sem necessariamente gerar o processamento simultâneo.

Prevenção é o critério para determinar em qual dos juízos as causas conexas haverão de ser reunidas. Também aqui, não é tarefa da doutrina conceit11ar os casos de prevenção, que são determinados pelo direito positivo. As hipóteses de prevenção sã.o, portanto, contingentes. Normalmente, considera-se prevento o juízo perante o qual a primeira demanda foi proposta. Mas nada impede que o legislador repute prevento o juízo onde ocorreu a primeira citação válida, como fez o CPC brasileiro, no art. 2 1 9.

É importante, ainda, fazer uma liltima 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 afumar a ocorrência de urna 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 prevente (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 prevente 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 prevente. A modificação legal da 173

S

o

)

competência é uma questão que transcende o interesse das partes, indisponível, portanto, wna 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.

J 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 jw·isdição do juízo para toda 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. 1 03 do CPC), ao reputar conexas duas ou mais causas em razão da semelhança de um dos seus elementos objetivos.

Nesse aspecto, a solução não foi feliz. Seria mais recomendável que não houvesse "conceito legal" de conex.ão, cuja responsabilidade ficaria para a doutrina e a jurisprudência, cabendo ao legislador regular os efeitos da conexão.

A proposta do Código Modelo para a 1 bem-américa é, no particular, superior (art. 29, do CM-I I DP), 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-am[illegible]ricanos. A proposta é boa, principalmente porque dá ao tratamento do tema mais flexibilidade3. Deixar a

conexão como conceito vago é uma boa alternativa, p is 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. Se o próprio art. 103 do CPC, que cuida da conexão em caso5 individuais, já foi "ampliado" pela jurisprudência, que percebeu a sua insuficiência (cf. v. 1 deste Curso, capítulo sobre competência), repetir a sua redação na legisl ção col.etiva é etTar pela segunda vez.

3. Sobre o an. 29 do Código Modelo, v.:r DIDIER Jr., Fredie. "Capitulo V: de la conexión, de la litispendcncia y de la cosa juzgada". Código M.Jdelo de Procesos Colecrivos - 11111 diálogo iberoamericano. Antonio Gidi e Eduardo Mac-Gregor (coord . . Mexico: Porrua, 2008, p. 309-3 13.

b) Como se observa com certa clareza, o texto legal considera prevento o juízo que conheceu do primeiro processo. No direito brasileiro, por exemplo, considera-se proposta a demanda na data em que ela foi distribuída ou, se não for o caso de distribuição, na data em que houve o primeiro despacho judicial (art.

263 do CPC brasileiro).

Trata-se, assim, de um terceiro critério de prevenção, data da propositura da ação, que se junta aos outros dois previstos para a tutela individual: despacho inicial (art. 106), para causas conexas que tramitam na mesma competência territorial, ou citação válida (art. 2 1 9), para causas conexas que tramitam em foros diversos.

Há certa controvérsia sobre a possibilidade de utilização do conflito de competência como instrumento processual apto a dar efetividade à regra de prevenção no âmbito coletivo. No CC n. 57558/DF, rei. Min. Luiz Fux,j. em 12.09.2007, publicado no DJ

em 03.03.2008, admitiu-se a utilização desse instrumento. Nesse julgado, o relator foi em um ponto vencido: para ele, o conflito de competência preservaria a competência inclusive para as ações conexas futuras, que ainda não haviam sido ajuizadas.

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 jmídico da conexão, ver o v. 1 deste Curso.

d) Também merece atenção o fato de a legislação 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 brasileiJ:a, por exemplo, a continência é uma espécie de conexão (art. 1 04 do CPC brasileiro4), sem qualquer distinção, porém, no seu regramento. Há, ainda, quem confunda continência com litispendência parcia/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 dispositivo, contudo, aplica-se também à continência6.

4. "Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras".

5. É o que parece acontecer com a proposta de Código de Processos Coletivos formulada pelas Universidade do Estado do Rio de Janeiro e a Estácio de Sá:

"Arl. 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. § 1 º. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o j ulgamento do mérito. § 2°. 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 prcvento em caso de conexão".

6. BUENO, Cassio Scarpinella. O poder público em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 128.

FREDIE ÜJDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

1 .3. A conexão em causas coletivas pode importar modificação de uma regra de competência absoluta? É possível falar em juízo prevento universal?

A competência territorial na ação civil pública é absoluta, como visto. A conexão, de acordo com o regramento do CPC, não pode modificar competência absoluta, apenas a relativa. É possível, então, reunir ações civis públicas, cada qual com competência absoluta distinta?

Parece, realmente, que, ao se acrescentar o par. ún. ao art. 2º da Lei Federal n . 7.347/1 985, criou-se uma conexão que permite a mudança de competência absoluta, a ensejar a reunião dos processos para julgamento simultâneo. MARCELO

ABELHA RODRIGUES aponta essa circunstância7. NELSON NERv JR. também defende a reunião dos processos8.

O curioso, no entanto, é a ncompatibilidade desse parágrafo com outro dispositivo da lei de ação civil pública, cuja redação foi alterada pela mesma medida provisória: o art. 1 6.

O art. 1 6, Lei Federal n. 7 347/1985, e o art. 2°-A, Lei Federal 9.494/1 997, 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. "De fato, partindo-se da premissa de que a regra de preven

ção foi estabelecida para regular hipóteses de reunião da causas conexas (aqui obrigatória, mesmo sendo competência 'funcional' absoluta), uma de duas: ou a regra aplica-se apenas aos casos de ações conexas propostas na mesma comarca ou na mesma região, para não enb·ar em choque com o art. 1 6, que circunscreve os limites (objetivos e subjetivos) da coisa julgada aos limites da competência territorial, ou então conclui-se que a regra do art. 2°, parágrafo único, aplica-se tout court, e está tacitamente revogado e inválido, também por mais este motivo, o art. 1 6 j á citado".9

7. "Com relação à conexão, a regra da reun ião dos processos deve ser imperativa, não se admitindo outra interpretação que não seja a da obriga1oriedude da reunião, mesmo sabendo-se que a competência para esta modalidade de demandas é do tipo absoluta, e que por isso afastaria a regra da

reunião". RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio a111bie111e. São Paulo: Forense Universitúria, 2003, p. 132.

Conforme foi visto neste Curso, adota-se o princípio da competência adequada. Assim, no caso em análise.

deverá ocorrer um juízo de adequação pelo julgador, não se podendo falar de reunião de processos quando houver prejuízo para o julgamento pda distância do local da prova, pelas dificuldades causadas para o autor da segunda ação (por exemplo. ofensa ao princípio do promotor natural, pois havendo conexão o promotor de justiça que atua no juízo ad quem, que remeterá os autos ao juízo prevento, não conseguirá acompanhar adequadamente a demanJa) ou mesmo para o réu. Aplicar-se-ia, no caso, o princípio da competência adequada para controlar os excessos da regra de prevenção.

8. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Co111e11tado\. 7' ed. São Paulo: RT, 2002, p. 1.335.

9. RODRIGUES, Marcelo Abelha. AçàJ civil pública e meio ambiente. São Pau.lo: Forense Universitária.

2003, p. 129.



CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS E A RELAÇÃO EITTRE AÇÕES COLETIVAS . . .

O STJ julgou um caso em que a mesma ação coletiva foi ajuizada por autores diversos em comarcas diversas. Em vez de determinar a reunião dos processos no juizo prevento, valeu-se o STJ do art. 1 6 da Lei de Ação Civi 1 Pública, para não autorizar essa reunião, sob o fundamento de que os beneficiários da decisão seriam diversos: consumidores localizados em comarcas diversas (!º. S., CC n. 56.228fMG, rei. Min.

Eliana Calmon,j. em 14.1 1 .2007, publicado no DJ de 03. 1 2.2007). A decisão seguiu a fundamentação de Tcori Zavascki, exposta em outro julgado (CC nº 47.73 l fDF, publicado no DJ de 05.06.2006): "7. Por outro lado, também a existência de várias ações coletivas a respeito da mesma questão jurídica não representa, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas envolvendo as mesmas pessoas. É que os substituídos processuais (= titulares do direito individual em beneficio de quem se pede tutela coletiva) não são, necessariamente, os mesmos em todas as ações.

Pelo contrário: o normal é que sejam pessoas diferentes, e, para isso, concorrem pelo menos três fatores: (a) a limitação da representatividade do órgão ou entidade autor da demanda coletiva (= substituto processual), (b) o âmbito do pedido formulado na demanda e (c) a eficácia subjetiva da sentença imposta por lei, que "abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator" (Lei 9.494/97, art. 2º-A, introduzido pela Medida Provisória 2 . 1 80-35/200 I)".

Note que não há conexão nesse caso, mas litispendência.

A aplicação do art. 1 6 da LACP é, repita-se, lamentável: quer dizer que os consumidores de uma cidade podem ser protegidos contra uma prática abusiva e os de outra, não?

Esse regramento especial da conexão em causas coletivas leva-nos a concluir que a vetusta lição de que conexão modifica competência relativa deve ser revista.

Conexão pode modificar competência territorial, em regra relativa, mas que, em alguns casos, pode ser absoluta.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, na esteira de vários precedentes dos quais a seguir citamos o leading case envolvendo a privatização da CIA Vale do Rio Doce, entendeu que, pela incidência dessa norma, estaríamos diante de um verdadeiro "juízo universal" nas ações populares.

Ora, juízo universal será aquele que possuir a característica de envolver todos os "bens" do devedor (universalidade objetiva) e todos os "credores" (universalidade subjetiva). Ambos os casos identificam, na falência, um j uízo universal, não nas ações coletivas (ACP e AP).

Versa o art. 76 da Lei Federal n. 1 1 . l O 1 /2005 (Lei de Falência e Recuperação de Empresas): "O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou l itisconsorte ativo".

1 77

FRE:DIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Note, portanto, que o que define a universalidade não é a simples prevenção da competência dojuízo para evitar decisões contraditórias, regra geral do CPC, mas uma assunção deste juiz da competência absoluta territorial Uuízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil, art. 3° Lei Federal n. 1 1 . 1 O l /05).

O entendimento jurisprudencial que equipara essa regra excepcional da Lei de Falências ao juízo da ação popular justifica-se porque este é prevento para todas as ações que forem posteriormente intentadas, contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos, conforme estabelece o § 3° do artigo 5º da lei nº 4.7 1 7/65.

Ousamos discordar.

Na verdade são dois critérios diferentes, a Lei de Falências prevê que quaisquer ações, independentemente das partes, "bens, interesses e negócios da massa falida", e independentemente do objeto, "todas as ações e reclamações", salvo pequenas exceções, sejam atribuídas ao juízo falimentar. O critério é legal, reconhecidamente técnico e usual em doutrina.

O critério para denominar "universal" o ju_ízo da ação popular é jurisprudencial (quando muito) e resulta de uma atecnia facilmente verificável. A expressão vem apanhada do acórdão do STJ no Conflito de Competência nº 97.0026 1 59-0, em que consta da ementa: "O Juízo da Ação Popular é universal. A propositura da primeira ação previne a jurisdição do juízo para as subseqüentemente intentadas contra as mesmas partes e sob a égide de iguais ou aproximados fundamentos."

(RSTJ 1 06/1 5). Trata-se da mesma regra do CPC, como, aliás, reconhece o próprio acórdão citado.

Nesse sentido, preciso Hely Lopes Meirelles que reforça a tese da simples repetição da regra da prevenção, já constante do CPC, "a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos, diz o § 3°

do art. 5° da Lei n. 4.7 1 7/65, reafirmando princípio geral já previsto no Código de Processo Civil."1º Em nota de rodapé nas edições mais recentes, os atualizadores da obra afamada, reafirmam ser a locução "juízo universal" da ação popular uma tese jurisprudencial. Frise-se, há uma incorreta comparação e valorização de uma terminologia não consolidada e de duvidosa validade técnica

(apesar do forte impacto retórico) na afirmação de que o juízo das ações populares será universal.

1 O. ME!RELLES, Hely Lopes. Mandado ae segurança. 21'. cd. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 1 32.





CONEXÀO E LJTISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS E A RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS . . .

Não s e duvida que em decorrência da natureza e objeto da ação popular (e também das demais ações coletivas) essa acarretará uma grande amplitude na prevenção do juízo, até porque se revela ação coletiva para tutela de direitos difusos que não se limitam às dimensões territoriais. Daí "universalizar" esse juízo vai longa distância, que pode inclusive gerar ofensa a garantia constitucional do j uiz natural.

É interessante apresentar o quadro comparativo entre as propostas de codificação da tutela jurisdicional coletiva a respeito do assunto: CBPC - UERJIUNESA

CBPC - IBDP

Art. 7". Litispendência e continência: A pri

Art. 6º. Relação entre demandas coletivas

meira ação coletiva induz litispendência para - Observado o disposto no artigo 22 deste as demais ações coletivas que tenham o mesmo

Código, as demandas coletivas de qualquer

pedido, causa de pedir e interessados.

espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a

§ 1 º. Estando o objeto da ação posteriormente

requerimento das partes, ficando prevento o

proposta contido no da primeira, será extinto o juizo perante o qual a demanda foi distribuída processo ulterior sem o julgamento do mérito.

em primeiro lugar, quando houver:

§ 2°. Sendo o objeto da ação posteriormente

! - conexão, pela identidade de pedido ou causa

proposta mais abrangente, o processo ulterior de pedir ou da defesa, conquanto diferentes os prosseguirá tão somente para a apreciação

legitimados ativos, e para os fins da ação predo pedido não contido na primeira demanda, vista no Capítulo l ll, os legitimados passivos;

devendo haver a reunião dos processos perante

II - conexão probatória, desde que não hétja

o juiz prevento em caso de conexão.

prejuízo à duração razoável do processo;

§ 3°. Ocorrendo qualquer das hipóteses pre

Ili - continência, pela identidade de partes e

vistas neste artigo, as partes poderão requerer

causa de pedir, observado o disposto no inciso

a extração ou remessa de peças processuais,

anterior, sendo o pedido de uma das ações mais

com o objetivo de instruir o primeiro processo

abrangente do que o das demais.

instaurado.

§ 1° Na análise da identidade do pedido e da

causa de pedir, será considerada a identidade

do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de conexidade entre ações

coletivas referidas ao mesmo bem jurídico, o

juiz prevento, até o início da instrução, deverá

determinar a reunião de processos para julgamento conjunto e, iniciada a instrução, poderá determiná-la, desde que não haja prejuízo à

duração razoável do processo;

§ 3° Aplicam-se à litispendência as regras dos

incisos l e III deste artigo, quanto à identidade

de legitimados ativos ou passivos, e a regra de

seu parágrafo 1 º, quanto à identidade do pedido

e da causa de pedir ou da defesa".

FREDIE ÜIOIER JR. E HERMES ZANETI JR.

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;" 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 j á há litispendência.

Este capítulo adotará a segunda acepção.

Normalmente, costuma-se afirmar que há litispendência, neste último sentido, quando houver tríplice 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 distintos12•

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 único13•

Há l itispendência quando pendem processos com mesmo conteúdo. A mesma situação jurídica controvertida e 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 exempl.o de litispendência sem triplice identidade, como forma de ilustrar a lição.

1 1 . OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. 2'. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 97. Assim, também, icola Picardi .. Lí1ispe11de11=a. - !mesa come inizio della pcndcnza della lite, si recollega ai

primo contatto tra due dei protagonis1i dei processo··. (App11111i di dirillo processuale civile: il processo ordinário di cog11izio11e. le i111p11gnazio11e. Milano: GiulTrc, 2003, p. 4.) 1 2. É o que está posto, por exemplo, nos §& 1 º, 2° e 3° do art. 301 do Código de Processo Civil brasileiro: "§ 1 °

Verifica-se a litispendência ou a coisa_ ulgada, quando se reproduz ação a111eriom1en1e ajuizada. § 2 º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. § 3º Há lilispendência, quando se repele ação, que está cm curso: há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso".

13. "Assim, diante de tais situações excepcionais, que revelam a insuficiência da teoria dos Iria eadem, duas regras devem ser observadas quanto à 'ua incidência prática: a) não constitui ela um critério absoluto, mas, sim uma "boa hipótese de trabalho", ué porque ninguém se arriscou a apontar outra que superasse; e b) quando for inaplicável, perante uma fruação 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 pe1e11di 110

processo civil. 2º ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 200 1 , p. 2 1 3).

CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS E A RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS . . .

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 autora14•

O exame do tema "litispendência entre ações coletivas" não pode prescindir

desta premissa.

2.2. Litispendência entre demandas coletivas

2.2. J. Generalidades. Litispendência entre demandas coletivas propostas por legitimados diversos

Para a con-eta compreensão do tema, é preciso lembrar ao estudioso que a legitimação ativa 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 capitulo próprio deste Curso. Foi essa, inclusive, a opção do Código Modelo para a Ibero-américa (art. 3°).

Assim, é possível que uma mesma ação coletiva possa ser proposta por diferentes legitimados ativos. É possível, portanto, que haja litispendência sem identidade entre as partes autoras. A identidade de paite autora é irrelevante para a configuração da litispendência coletiva 15-16 (no caso da ação coletiva passiva, essa irrelevância dirá respeito ao pólo passivo do processo).

14. Ver, com outros exemplos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". ln: Direi/o processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1 97 1 , p. 273-294.

15. Assim, GIDI, Antonio. Coisa julgada e li1ispe11dê11cia em ações cole1ivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p.

219; "Litispendência em acciones coleclivas". La lulela de los derechos difusos, co/eclivos e individuales homogêneos - /1acia 11111 Código Modelo para lberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Cidade do México: Porrua, 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 anteprojetos do Código Brasileiro de Processos coletivos". Direi/o processual cole1ivo e o anleproje10 de Código Brasileiro de Processos Colelivos. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Walanabe (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 198; LEONEL. Ricardo de Barros. Ma1111al do processo cole1im. São Paulo: RT, 2002, p. 25 1 ; VENTUR.I, Elton. Processo civil colelivo. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 3 3 1 ; GODJNHO, Robson Renault. "Notas sobre a litispendência no processo

coletivo". Direi/o Civil e Processo: es1udos e111 lio111enage111 ao Professor Arruda Alvim. Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Rod&#xfffd;igo Mazzci, Teresa Arruda Alvim Wambier e Thereza Alvim (coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 893-894; LUCON, Paulo Henrique cios Santos, GABBAY, Daniela Monleiro, A LVES, Rafael Francisco e ANDR ADE 'l:11hyana

,

Chaves de. "Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência)". Tule/a cole1iva. Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord.). São Paulo: Atlas, 2006, p. 192; WAMBIER, Teresa Arruda. "Litispendência em ações coletivas". Processo civil cole1ivo. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Lalin, 2005, p. 280-295.

16. Para manter a exigência da triplice 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 181

O

FREDlE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

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. 267, V, CPC brasileiro).

Muito embora a nossa legislação seja omissa a respeito, essa será a conseqüência quando houver litispendência entre causas coletivas, com tríplice identidade dos elementos da demanda. Trata-se de solução geral, cuja aplicação não é incompatível no âmbito 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 para processamento simultâneo. É que de nada adiantaria extinguir um dos processos, pois a pai1e autora, como co-legitimada, poderia intervir no processo supérstite, 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 sausas do que extinguiJ 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, assim, haveria uma confusão entre conexão e Litispendência. 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 l itispendência". O efeito de um fato jurídico é determinado pel direito positivo. Fatos diversos podem ter efeito semelliante (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 litispendência com tríplice identidade gera extinção de um dos processos e a litispendência sem tríplice identidade gera a reunião deles).

Diante do silêncio da legislação, é preciso identificar qual é o efeito j urídico adequado para a litispendência com partes distintas. Segundo pensamos, esse verdade. As partes processuais (os au ores) é que seriam distintas. (GIDI, Antonio. "Litispendência em acciones colectivas". la tutela de los derechos

difusos, colectivos e i11divid11ales homogêneos - hacia um Código Modelo para Iberoamérica. Ant nio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Cidade do México: Porrua, 2003, p. 324). A constnição, embora correta do pon10 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, p.Jr exemplo), ora utilizado em sentido material, como seria neste caso.

182

efeito é o da reunião dos processos, e não a extinção de u m deles, adequado para os casos de litispendência 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 h1tela jurisdicional supra-individual. Certamente, não sendo possível a reunião de demandas conexas ou litispendentes (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, l V, do CPC". 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"17-18•

Não obstante possam produzir o mesmo efeito jurídico, conexão e litispendência são fatos distintos: conexão pressupõe a existência de duas ou mais causas diferentes; litispendência pressupõe a pendência de duas ou mais causas iguais.

A observação é importante, principalmente para que se evite a reproposihlra de demanda que já fora julgada.

17. GRJNOVER, Ada Pcllcgrini. Ações colelivas. Jde111idade 101al ou parcial. Conexão, conlinéncia e lilispe11dê11cia. A apareme diversidade 110 pólo a/ivo. Co11jli10 positivo de compe1ê11cia. Reunião dos processos peranle o juízo prevel//o. ln: A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 409.

Assim, também, LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo cole1ivo. São Paulo: RT, 2002, p. 253; TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa pelendi 110 processo civil. 2' ed. São Paulo: RT, 2001, p. 222.

1 8. Em sentido contrário, entendendo que deve ser caso de extinção do segundo processo, com possibilidade ele intervenção cio autor coletivo no processo sobrevivente, GIDI, Antonio. "Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito". Revisw de Processo. São Paulo, RT, 2003, n 1 1 1 ; Execução civil- esludos em homenagem ao Professor Paulo Fur1ado. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 370; Processo civil cole1ivo. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 769; VENTURI, Elton. Processo civil colelivo. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 334; WAMBIER, Teresa Arruda. "Litispcndência em ações coletivas". Processo civil colelivo. 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 ele ações repetidas não acarreta qualquer vantagem para a eficiente prestação jurisdicional", MATTOS, Luiz Norton Baptista ele. "A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos coletivos'". Direi/o processual colelivo e o anleprojelo de Código Brasileiro de Processos Colelivos. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabc (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 1 99. Robson Renault Godinho, após salientar o caráter prático e operacional da litispendência, entende que os critérios de política legislativa são varáveis, 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. Inclinamo-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 litispcndência no processo coletivo", cit., p. 892 e 898-899).



2.2.3. lde11tidade da situação jurídica substancia/ deduzida Repita-se o que se

disse anterionnente: se a mesma situação controvertida for apresentada para solução jmisdicional em processos diversos, há litispendência.

Há lilispendência quando se busca o reconhecimento ou efetivação de uma mesma situação jurídica ativa (baseada nos mesmos fatos), em processos diferentes.

Há alguma confusão a respeito do tema na doutrina.

No art. 30 do CM-UDP, 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). lsso não é relevante para a caracterização da identidade de demandas.

Confira-se esse exemplo. Uma determinada lesão ao meio-ambiente pode gerar w11

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 discute-se a mesma situação jurídica ativa, decorrente do mesmo fato jurídico: o direito coletivo de ressarcimento dos prejuízos ambientais19• 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"2º. 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: " 1 9. A primeira ação coletiva proposta induz litispendência para as demais ações coletivas relacionadas à mesma controvérsia coletiva"21• A redação, como se vê, é mais simples e 19. Sobre o direito ao ressarcimento em diliheiro e na forma

especifica, MAR.! O 1, Luiz Guilherme. Tutela específica. São Paulo: RT, 2002, p. IS&#65533;; DIDIER Jr., Fredie, OLIVEIR.A, Rafael, BRAGA, Paula Sarno.

Curso de direiro processual civil. 2' ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2008, v. 2, p. 373; TESSLER, Luciane Gonçalves. Tutelas jurisdicionais do meio ambiente. São Paulo: RT, 2004, p. 358.

20. Compreeodendo "bem jurídico coletivo,. como qualquer espécie de "direito cole1ivo" (lato sensu),

,

Paulo Henrique dos Santos, GABBAY, Daniela Monteiro, ALVES, Rafael Francisco e ANDR.ADE, Taihyana Chaves ele. "Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispeodência)'". Tutela coletiva. Paulo 1 [enrique dos Santos Lucon (coorcl.). São Paulo: Atlas, 2006, p. 187.

2 1 . GlDI, Amonio. "'Código de processo civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito". Execução civil- estudos em homenagem ao profe>sor Paulo F11r1ado. R.io de Janeiro: Lumen Juris, 2005; Revista de Processo. São Paulo, RT, 2003, nº 1 1 1 ; ver anexo neste Curso.



correta. Peca, porém, por ser composta por termos muito vagos, o que certamente tornará mais dificil 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 ela existência de conexão).

Em outro texto, ANTONIO G101 defende que haverá litispendência entre ações

coletivas, quando se esteja "em defesa do mesmo direito". E arremata que isso acontece quando houver "identidade de causa de pedir e de pedido"22. 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.

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil) e a Universidade Estácio de Sá (Brasil) formularam proposta conjunta ele codificação da legislação para processos coletivos, sob a coordenação do Prof. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Nesta proposta, "a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados"

(art. 7°)23. A proposta é boa, pois a redação é simples e não dá margem a maiores discussões. Ao utilizar o termo "interessados" em vez de "partes", o projeto torna desnecessária a utilização do conceito de "pa1te material" para a identificação da litispendência, nos casos em que há diversidade de partes processuais, não recomendável conforme crítica que foi feita linhas atrás. "Interessados" é termo que funciona bem para a solução deste problema. Mas é preciso deixar claro que, para a con:figmação da litispendência, é preciso que se discuta o mesmo direito.

2.2.4. Litispendência entre demandas com causas de pedir distintas O texto do art. 30 do CM-IIDP prescreve que haverá litispendência entre ações coletivas, mesmo se forem diferentes as causas de pedir. Para a correta compressão dessa proposta, que pode influenciar o aplicador do Direito, é preciso deixar claro o que se entende por causa de pedi1:

"Compõem a causa petendi o fato (causa remota) e o fundamento jurídico (causa próxima)"24. A causa de pedir é o fato ou conjunto de fatos jurídicos (fato(s) 22. GI DI, Antônio. Coisa julgada e litispendéncia em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1 995, p. 16.

23. O texto integral deste projeto pode ser encontrado no anexo deste Curso ..

24. CRUZ E TOCCI, José Rogério. A causa petendi no processo civil. 2'. ed. São Pau lo: RT, 200 1 , p. 1 54. E

prossegue o mesmo autor: "Inferida, da exposiçi!o da causa de pedir remota, a

relação fiítico-jurídica existente entre as partes. a causa petendi proxi111a (ou geral) se consubstancia, por sua vez, no enquadramento da situação concreta, narrada i11 sta/11 assenio11is, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela, e, em imediata seqüência, a materialização, no pedido, da conseqüência jurídica alvitrada pelo autor". (ob. cit., p. 1 55) 185



da vidajuriclicizado(s) pela incidência da hipótese normativa) e a situação jwídica, efeito daquele fato jurídico, trazidos pelo demandante como fundamento do seu pedido. É ônus do autor expor, cm sua petição inicial, o quadro fático necessário para a obtenção do efeito jurídico perseguido e a situação jurídica ativa (direito) que fundamenta o seu pedido. Por exemplo, se o autor pretende a anulação de um contrato, deverá expor o fato (erro, por exemplo, causa de pedir remota), alegar a existência do direito potestat. vo de anular o negócio jurídico (causa de pedir próxima) e formular o pedido de anulação.

Pode acontecer que um me mo direito (causa de pedir próxima) decon-a de fatos diversos (causa de pedir remota). O direito de anular o contrato, por exemplo, pode decorrer do erro ou do dolo. Uma demanda em que se pede a anulação de um conb·ato por en-o não é igual a uma demanda em que se pede a anulação do contrato por dolo. São problemas distintos. Se são diversos, não podem ser considerados iguais (litispendência).

Desta forma, não se consegue compreender a dicção normativa da proposta de Código Modelo: como é po sível haver litispendência entre causas coletivas com causas de pedir distintas?

Para dar sentido a essa regra, seria preciso entender que o projeto seguiu a teoria da individualização da causa de pedir, não adotada como regra pela legislação brasileira: a causa de ped.r se completa com a afinnação da relação jurídica que se busca proteger (situação jurídica afirmada, causa de pedir próxima), sendo irrelevante a identificação dos fatos que servem de suporte a essa

eficáciajurídica25.

Assim, relevante para a identificação das demandas seria o "bem jurídico" (rectius: situação jurídica ativa) afirmad , e não o fato. Quando diz que haverá lilispendência entre ações que possuem causas de pedir "distintas", o Código Modelo estaria, portanto, admitindo como idênticas demandas que se baseiam em "fatos" distintos (causas de pedir remotas), des e que sirvam como fundamento do mesmo direito coletivo. Por exemplo: ações para anular determinada cláusula de um contrato de adesão (mesma causa de pedi1 próxima e mesmo pedido), ainda que se fundem em fatos diversos (defeitos di\ ersos, causas de pedir remotas), seriam idênticas.

Sinceramente não parece que f. i boa a opção do projeto. Sem identidade de causa de pedir, não há identidade d "problema" submetido ao Judiciário e, portanto, não se pode falar em litispendência, apenas em conexão, se for o caso26.

25. "A causa de pedir se completa, segundo a teoria em apreço, somente pela identificação, na inicial, da rela

ção juridica da que o autor extrai certa conseqüência jurídica". (ASSIS, Arakeu de. C1111111/ação de ações.

4• ed. São Paulo: RT, 2002, p. 136).

26. GIDI, Amouio. "'Litispendência en Jciones colectivasº". la 1111ela de los derechos difusos, colectivos e individuales '10111ogé11eos - hacia 1111 Código Modelo para /beroamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Cidade do Mé{icu: Porrua, 2003, p. 324.

CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS E A J(J,LAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS . . .

2.2.5. Litispemlência 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. 4.71 7/1965), pelo mandado de segurança (procedimento regulado pela Lei n. 1 2. 0 1 6/2009), pela ação de improbidade administrativa (procedimento regulado pela Lei n. 8.429/1 992) etc.

Vários procedimentos servem, pois, à tutela de direitos metaindividuais.

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, 1 ª. T., .REsp n. 401 .964/

RO, Rei. Min. Luiz Fux, j. em 22. J 0.2002, publicado no DJ de 1 1 . 1 1 .2002, p.

1 55), 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 daquela27.

2.2.6. Há litispentlência entre uma "ção coletiva que versa sobre tlireitos difusos e outra que versa sobre direitos individuais homogêneos?

Há quem entenda não haver l itispendência 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)28. Essa é a posição correta.

27. Assim, também, LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo cole1ivo. São Paulo: RT, 2002, p.

253; GRJNOVER, Ada Pellegrini. "Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência·'. Ação civil pública. Edis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 1 995, p. 23.

28. "Vejamos um exemplo em que haja violação de direiio 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 individt1ais 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, Antônio. Coisa julgada e lilispendéncia em ações colelivas. São Paulo: Saraiva, 1 995, p. 220.) 1 87



O

S

sobre

Todavia, embora não haja litispendência entre urna 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. J 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 se resolva a primeira29• A preliminar é uma espécie de obstáculo que o magistrado deve ultrapassar no exame de uma detenninada questão.

"A procedência da ação coletiva em defesa de direito difuso toma desnecessária a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos", em razão da extensão in utilibus da coisa julgada coletiva para o plano individua13°. Essa relação de prelirninaridade gera conexão entre as causas, que implica reunião dos processos para julgamento simultâneo. N te que ação coletiva que versa sobre direito difuso é preliminar àquela que versa

"direitos individuais homogêneos", pois a

depender da solução que se dei a ela, a segunda demanda nem será examinada.

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 indjviduais homogêneos, produzindo, po1tanto, 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 homogêneos31. E arremata,

afümru1do que essa situação revelaria nítida "duplicidade de tutela coletiva", proibida pelo sistema de tutela jurisdicional brasileiro"32. 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 (a1t. 1 03, § 3°, 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 critér os para a atualização dos valores e até mesmo a

29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares". Direito processual civil

- ensaios e pareceres. Rio de Janeiro Borsoi, 1971, p. 87.

30. G!DI, Antônio. Coisa julgada e lilispwdência em ações colefil'as. São Paulo: Saraiva. 1 995, p. 220-22 1 . E, seguindo o seu raciocínio, o autor con inua: "É preciso avaliar a possibilidade de cumulação em wna mesma ação coletiva de dois pedidos: um cm defesa de direito difuso, e outro em defesa dos correspondeotes direitos individuais homogêneos. (...) não há interesse processual na cumulação dos pedidos cm vista da extensão legal erga 011111es da coisa julgada para beneficiar as esferas individuais dos consumidores". (GIDI, Antônio. Coisa julgada e lilispendência em ações col[illegible]livas, cit., p. 222). Remanesce, contudo, o interesse, quando em uma demanda de DIH, na condenação genuica, o juiz, desde logo, fixe um parâmetro ou patamar mínimo para as indenizações individuais, pedido que !e não efetuado explicitamente fica vetado na prolação da decisão.

3 1 . VE TURI, Elton. Processo civil co/,•/ivo. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 337.

32. VE TURI, Elton. Pmcesso ci1•il col •1ivo. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 338, nota 13.

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 decisório.

3. RELAÇÃO ENTRE A AÇÃO COLETIVA E A AÇÃO INDIVIDUAL

3.1 . A ação coletiva não induz litispendência para a ação individual O art. 1 04

do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor cuida de regrar a relação entre a ação coletiva e a ação individual33: 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 inequ ívoca 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-los34. O indivíduo pode valer-se da coisa j ulgada para o ajuizamento de ação de liquidação dos seus respectivos prejuízos (cf. a respeito os capítulos sobre coisa j ulgada e liquidação, neste volume do Curso). É o que se chama de transporte in utilibus da coisa j ulgada coletiva para o plano individual.

Sucede que a extensão in utilibus da coisa julgada coletiva nã.o ocoITerá "se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva" (art. 1 04 do CDC). Isso significa que se estiver pendente uma ação individual e uma ação coletiva coJTespondente, para que o indivíduo se beneficie da coisa julgada coletiva, é preciso que ele peça a suspensão do seu processo individual, no prazo de trinta dias contados do conhecimento efetivo da existência do processo coletivo.

33. Segundo o an. 104 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, as ações coletivas não induzem li

úspendência 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.

34. Recordamos, ao leitor, que essa afirmação deve ser tomada cum grano salis,

ou seja, com prudência, já que em raZ<io 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.

189



p

O prosseguimento do processo individual (iniciado antes ou depois da propositma 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, orém, somente pode será válida, se llie 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 Rufes o/Civil Procedure (EUA), Rule 23, (c), 2, (B) há expressa menção à necessidade de c.iência inequívoca ao indivíduo: "the coUtt must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to ali members wbo can be identified throughreasonable effort".

Na mesma regra, afirma-se que a comunicação (notice), para ser fair Uusta), 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 coisas35.

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 processo coletivo), mas não há prazo para a suspensão, que deve "perdurar pelo tempo necessário ao trânsito em julgado da sentença coletiva"36.

Se o indivíduo não teve ciência da existência do processo coletivo, não pode ser prejudicado com o prossegmmento 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. 3 1 do CM-IIDP. 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 situação37. Cria-se, então, um ônus para o réu: trata-se de ônus,

35. "The notice musl concisely and clearly late in plaia, easily undcrstood language: lhe naiure ofthe aciion, the definition of thc class ccrtified, the class claims, issues, or defenses, 1ha1 a class member may enter an appearance 1hrough counsel if the 1rember so dcsires, lha! the court will exclude from the class any member who rcquesis exclusion, stating when aIId how mcmbers may clect lo be excluded, and the binding efTccl of a class judgment on class mem 1ers under Rule 23(c)(3)"

36. GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispentlência em ações coleti1•as, ci1., p. 193, nota 447.

37. GIDl, Antonio. Coisa julgada e litispenclência em ações coletivas, cit., p. 201-203.

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. Pode ser aplicada no direito brasileiro, tendo em vista o silêncio

normativo, a paiiir da incidência do princípio da adequação.

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 clecisão38•

Outra questão diz respeito a possibilidade de revogação do pedido de suspensão em razão de um an-ependimento do indivíduo. Antonio Gidi entende ser possível tal revogação39. 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 beneficies 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 individuais40. Note que o Código Modelo prevê um ônus do réu na ação individual informar a pendência da ação coletiva. O

Projeto-Gidi prevê um dever do réu na ação coletiva. A idéia é muito boa, talvez indispensável para a efetivação da regra contida no art. 3 2 do Código Modelo do

!IDP, adiante comentada.

3.3. A desistência do mandado de segurança individual em razão da pendência do mandado de segurança coletivo. Art. 22, § J º, ela Lei n. 1 2.01 6/2009.

Possível inconstitucionalidade. Apelo ao microssistema

O § l 0 do aii. 22 da Lei n. J 2.0 1 6/2009 é regra nova no microssistema da tutela jurisdicional coletiva.

O § J º do art. 22 da Lei n. 1 2 . 0 1 6/2009 foge à regra geral do microssistema: o indjvíduo deverá desistir do mandado de segurança individual, em vez de pedir

38. GIDJ, Antonio. Coisa julgada e litispe11dê11cia em ações coletivas, cit., p. 1 99.

39 GIDI, An1onio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, cit., p. 205.

40. "20.2 O réu identificará ao juiz da ação coletiva e ao representante do grnpo as ações individuais relacionadas à mesma controvérsia, à medida em que sejam propostas". (GIDI, Antonio. "Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países ele direito escrito". llevista de Processo. São Paulo, RT, 2003, n. 1 1 1; Execução civil - estudos em ho111e11age111 ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 370; Processo civil colelil'O. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quanier Latin, 2005, p. 770.) 1 9 1

a suspensão do processo. A regra é estranha e pode revelar-se inconstitucional se, no caso concreto, a desistê eia implicar a perda do direito :fundamental ao mandado de segurança, que de\'e ser exercitado em cento e vinte dias (art. 23 da Lei n. l 2 . 0 16/2009). 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 material), 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 opo1tunidade de discutir o seu direito individual por mandado de segurança.

Assim, dificilmente o impelrante desistirá do mandado de segmança, 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 tomar-se letra morta. A tendência é a de a jurisprudência considerar que o mais adequado é a suspensão do processo individual, confonne a regra geral do microssistema. Esta 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 auto1iza a suspensão do processo individual com base no art. 265, IV, "a", CPC.

Não será a primeira vez que regras processuais precisam ser adequadas às peculiaridades do mandado de segurança.

O § 1 º do art. 2 1 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. 1 1 3 , § '.:!º, do CPC). O STF percebeu 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 2 1 .9.2006, M S 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. 2 l /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.

CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS E A RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS . . .

3.4. H á 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"41• Para o autor, não há continência nem mesmo entre ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos e ação individual42• No entanto, afirma o autor que pode haver conexão entre uma ação coletiva e uma ação individual, que implicará reunião dos processos se, no caso concreto, essa providência revelar-se em confonnidade com o proveito que resulte para o equacionamento de ambos os conflitos (aproveitamento da prova produzida, por exemplo)43. Conexão ou continência, o efeito jurídico é o mesmo: a reunião dos processos.

Não nos parece que o efeito da conexão/continência entTe ação coletiva e ação individual deva ser o da retmião dos processos, que, certamente, tumultaria muito a condução do procedimento. É mais adequado imputar a esse fato o efeito da suspensão do procedimento da ação individual, à espera do j ulgamento da causa coletiva, até mesmo ex officio, pelo tribunal (art. 6°, § 3° e 4°, do CBPC-IBDP), conforme será demonstrado no próximo item. Porém, deve ser observado, sempre, o princípio de que a ação coletiva no Brasil não constitui óbice a 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.

3.5. O direito à auto-exclusão (right to opt out) no microssistema brasileiro de tutela coletiva

O direito à auto-exclusão dajw·isdição coletiva consiste no poder jurídico de o indivíduo, por expressa manifestação de vontade, renunciar à jurisdição coletiva.

4 1 . LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: RT, 2002, p. 255.

42. LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, ciL, p. 255.

43. LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, cit., p. 256-257.

1 93



FREDIE DlDtER JR. E HERMES ZANETI JR.

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 jwisdicional 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"44•

Nem todo sistema jurídico, que prevê a tutela coletiva, contém regramento sobre o direito de auto-exclusão.

No direito estadunidense, por exemplo, as ações coletivas (class actions) previstas no art. 23, (b)(l) e (b)(2), das Federal Rufes, não permitem auto-exclusão: são, por isso, denominadas de mandatory class action ou no opt out class action45.

Ou seja: não há um imperativo teórico que imponha a existência da possibilidade de o indivíduo excluis-se da jurisdição coletiva.

Há um outro ponto digno de nota: a existência do direito à auto-exclusão pressupõe, logicamente, um prejuízo; por exemplo, que a coisa julgada coletiva estenda os seus efeitos para o àmbito individual, qualquer que seja o resultado do processo (pro et contra)46.

De fato, só bá 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 jmisdição coletiva por simples comunicação nos autos do processo.

Isso decorre da regra da efk ácia 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 A TONIO Gm1, especialista no tema: "não faz qualquer sentido permitir aos membros se excluírem do ... grupo, urna vez que eles não serão mesmo atingidos pela coisa julgada desfavorável. Não haverá

do que se excluir"47.

44. GI DI, Antonio. A c!ass ac1io11 como i1mrwnento de 1u1ela cole1iva dos direitos. São Paulo: RT, 2007, p. 300.

45. G!Dl, Antonio. A class action como i,isrrumento de 111tela coletiva dos direitos, cit., p. 29 1 .

46. GlDT, Antonio. A class aclion como i11stru111ento de 1111ela coletiva dos direitos, cit., p. 306.

47. GIDI, Antonio. A class actio11 como instrumento de tutela coletiva dos direitos, cit., p. 306.

CoNEXÀO E LITISPENDtNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS E A RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS . . .

Se o indivíduo não quiser o beneficio que advém d o processo coletivo, basta, simplesmente, que não proceda à liquidação e à execução da sua pretensão individual.

No Brasil, pelo menos por agora, para que o indivíduo se exclua da jurisdição coletiva, é preciso que, proposta sua ação individual e devidamente cientificado da existência de um processo coletivo, decida pelo prosseguimento do processo individual (art. 1 04, CDC; art. 22, § 1°, Lei n. 1 2 .0 1 6/2009). 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 impede o ajuizamento de posterior ação individual de conhecimento ou, até mesmo, executiva48.

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 paite 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 d a parte. O julgamento do REsp. n. 1 . 1 1 0.549/RS (recurso especial repetitivo)

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.

48. "Como se vê, o nosso modelo não prevê o right to opt olll 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 interviesse no processo coletivo apenas para dizer que

... não pretende a ele aderir; ora, se essa é a inten

ção, basta a singela postura omissiva. Entendimento diverso acarretaria, como dano marginal, o perigo de que as i terativas defecçõcs 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.

São Paulo: RT, 2006, p. 509, grifos do original.)



FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

O tema já foi examinado pelo STJ, que decidiu (CC nº 47.73 1 /DF, rei. p/

acórdão Min. Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 05.06.2006):

"6. No caso dos autos, porém. c1 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 substitt.to 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. 1 03, I l i, combinado com os §§ 2°

e 3°, e 1 04), 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 dec isões antagônicas e, portanto, o coriflito".

Parece-nos que o STJ perdeu a oportunidade de avançar nesta matéria e prestigiar a tutela coletiva, que, se não é a panacéia, 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 tomo 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 de ordem pública, não só decorrente da

necessária racionalização do exercício da função jurisdicional, como fonua de evitar decisões diversas para situações semelhantes, o que violaria o princípio da igualdade. A aplicação dessa regra, pem1itindo a suspensão dos processos individuais por prejudicialidade, confonne o dispositivo do art. 265, IV, 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 adequação e da flexibilização dos procedimentos aos processos coletivos.

Trata-se de solução já existente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (art. 2 1 da Lei Federal nº 9.868/1 999)49 e no âmbito do controle 49. "O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta dos seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declan tória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o . ulgamenlo dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato nonnativo objeto da ação até seu ju garnento".



CONEXÃO E LITISPENDÊNCJA ENTRE AÇÕES COLETIVAS E A RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS . . .

de constitucionalidade difuso exercido por meio de recurso extraordinário (art.

543-B, § 1 º, CPC). Mesmo para quem não cons.idera a ADC ou ADIN (ações de controle concentrado de constitucionalidade) espécies de ação coletiva50, não haveria qualquer óbice à interpretação analógica.

O sistema jurídico brasileiro vem sofrendo diversas alterações ultimamente, 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 a súmula vinculante (art. 1 03-A, CF/88, introduzido pela EC nº 45/2004); permite-se o j ulgamento imediato de causas repetitivas (art. 285-A, CPC, acrescentado pela Lei Federal nº J 1 .277 /2006); o STF vem dando eficácia extraprocessual às suas decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade (ver o item "objetivação do recurso extraordinário", no respectivo capítulo do v. 3 desta coleção) etc.

A idéia serve a todo sistema jurídico que dê força vinculativa aos precedentes judiciais, notadamente aqueles profeiidos por cortes superiores, o que é o nosso caso.

No v. 1 deste Curso, demonstrou-se que atualmente há um novo modelo de conexão para causas repetitivas. Esse modelo poderia servir de parâmetro para a o regra.menta da relação entre uma ação coletiva e uma ação individtial. Cabe aqui rememorar o que foi dito alhures.

Os arts. 543-B e 543-C, ambos do CPC, que cuidam do julgamento por amostragem de recursos extraordinários (recw·so extraordjnário para o STF e recurso especial para o STJ) em causas repetitivas, prevêem um novo caso de conexão no direito brasileiro: uma conexão por afinidade entre esses recursos. Opta-se por usar o termo afinidade por urna questão prática: trata-se de designação para um certo tipo de vínculo entre causas já bastante consagrada na doutrina brasileira, que serve à aplicação do iJ1ciso IV do art. 46 do CPC (litisconsórcio por qfinidade, examinado no capítulo respectivo). As "causas repetitivas" são exatamente aquelas em que os autores poderiam ter sido litisconsortes por qfinidade, mas, por variadas razões, optaram por demandar isoladamente.

De acordo com o modelo tradicional de conexão previsto nos a.1ts. 1 03-105 do CPC, essas causas não poderiam ser consideradas conexas: não há pedido nem causa ele pediJ· iguais. Também não há entre elas relação de prejudicialidade ou preliminaridade: a solução de uma em nada afeta a solução da outra. Trata-se de causas que se relacionam pela afinidade de algumas questões de fato ou de direito.

50. 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) predispõem-se à defesa de um direito coletivameme considerado, a saber, direito à defesa da ordem constitucional; e) transcorrem por meio de procedimento especialmente criado para tanto; d) e, por fim, a imutabilidade do comando da decisão atingirá toda a coletividade". (DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael.

"Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidadade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)". Ações constitucionais. Salvador: Edições JusPODIVM, 2006, p. 355). Também neste sentido, ZAVASCKJ, Teori Albino. Processo coletivo. São Paulo: RT, 2006, p. 58-62.



fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

As causas repetitivas têm exigido do legislador e da douLrina uma atenção especial.

Elas são as grandes responsá\ eis pela crise do Poder Judiciário. São milhões

(sem exagero) de demandas ajuizadas com questões idênticas (a correção dos expurgos i11flacionários causados pelos planos econômicos governamentais de 1 989 e 1 990 nas contas de FGTS é o principal .:xemplo). Note que bá diversos novos institutos cujo propósito é exatamente o de criar um novo modelo de processo para o julgamento deste tipo de causa: súmula ' inculante, julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC), ação coletiva para direitos individuais homogêneos (art. 1 03, m, CDC) etc. A conexão por lfinidade entre recursos extraordinários repetitivos é mais um exemplo desta tendência.

Sucede que, em vez de essa conexão determinar a reunião dos recursos para processamento e julgamento sim ultâneos (como ocorre com a conexão para fim de modificação de competência, art. 1 03, CPC), outros são os efeitos jurídicos desta nova modalidade de vínculo entre causas: a) escolha de alguns "recursos-modelo"

e b) sobrestamento dos demais processos para o julgamento por amostragem.

De fato, não seria razoável que .:i conexão, no caso de demandas repetitivas, tivesse por efeito a reunião dos processos c.m um mesmo juízo, o que certamente causaria grande confusão e problemas para a solução cios litígios em tempo adequado. Mostra-se aqui, mais uma vez, a força do princípio da adequação (cf. o capítulo sobre princípios), que impõe um processo diferenciado para o julgamento das causas ele massa.

É bom lembrar que conexão é um conceito jurídico-positivo. No direito processual civil brasileiro, é bem aceita a idéia de que há "várias" espécies de conexão: modificação de competência (art. 1 03, CPC), pressuposto da reconvenção (art. 3 l 5, CPC), formação do litisconsórcio (art. 46, li e lll, CPC), conexão por acessoriedade (art.

1 08, CPC), conexão para processamento de demandas incidentais (art. 1 09, CPC), conexão por sucessividade (art. 475-P, II, CPC) etc. Cada uma dessas modalidades de conexão tem os seus próprios pressupostos e os seus efeitos jurídicos típicos.

O legislador, com a introdução desses dois novos artigos ao CPC, trouxe uma nova hipótese de conexão, com pressupostos e efeitos próprios.

É preciso perceber isso.

Na proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos feita pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, há regulação deste tema nos §§ 3º e 4º do art. 7°51•

De acordo com a proposta, a suspensão dos processos individuais, em razão da existência de uma ação coletiva correspondente, pode ser determinada pelo tribunal, ex officio ou a requerimento da parte ou do juiz da causa, sempre obedecida a garantia do contraditório, com a ouvida dos autores da ação individual.

5 1 . Pai: 3 O Tribunal, de oficio, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório. poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direi te s referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de le , a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo unifom1e e globalmente, quando houver sido a•uizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

Pai: 4 Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.



CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS E A RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS . . .

Detenninada a suspensão pelo tribunal, o autor não poderá retomar o andamento do processo individual até o h·ânsito em j ulgado da sentença coletiva.

Redefine-se o modelo já existente, adequando-o às peculiaridades da tutela coletiva. Parece-nos correta a proposta.

Essa ideia, vivamente defendida neste Curso desde a sua primeira edição, fo i

encampada, recentemente, pelo Superior Tribunal de Justiça, e m julgamento de recursos especiais repetitivos (art. 543-C, CPC), que, como se sabe, tem natureza de precedente judicial vinculante (art. 543-C, § 7°, CPC).

No REsp. n. 1 . 1 l 0.549-RS, rei. Min. Sidnei Beneti,j. em 2 8 . 10.2009, decidiu

-se que "ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva".

Essa suspensão pode dar-se de oficio pelo órgão julgador. Conforme acentua o relator, "a faculdade de suspensão, nos casos rnultitudinários 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 macro-lide trazida no processo de ação coletiva".

Realmente, de nada adiantaria não autorizar a suspensão ex officio, quando os recursos especiais provenientes destas causas repetitivas poderiam ter o seu curso sobrestado, ex offLcio, por decisão do ministro do STJ (art. 543-C, CPC).

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 j urisdicional em 1 ° 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 judiciá1io ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides".

Deixou-se claro que esse entendimento "não nega vigência aos arts. 5 1 , IV e §

1 º, 1 03 e 1 04 do Código de Defesa do Consumidor; 1 22 e 166 do Código Civil; e 2º e 6° do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-llies a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a direh·iz 1 99

legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. l L .672, de 8.5.2008)". A vítima não fica impedida de a;uizar 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, o que já é possível no procedimento de julgamento dos recursos repetitivos (art. 543-C, § 4º, CPC), seja pela intervenção de que trata o art. 94 do CDC.

Deve-se apenas atentar paia a duração da suspensão, que deve ser a menor possível, p1incipalmente 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.

3.7. Comunicação da existência de processos repetitivos ou outro fato que possa dar ensejo ao ajuizameoto de ação coletiva (art. 7° d a LACP) O art. 7° da Lei n. 7.347/1985, Lei da Ação Civil Pública, tem regra interessante: "A1t. 7° 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 200

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 situa

ção 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.

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 originários continuarão existindo; terá ou não o seu curso suspenso, a depender da manifestação do autor individual.

e) No projeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual de Código Brasileiro de Processos Coletivos, há regra semelhante (art. 8°), que, porém, vem acompanhada de outro dispositivo: "Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao Conselho Superior do Ministério Público, que designará outro órgão do Ministério Público para ajuizar a demanda coletiva, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação, informando o juiz".

A proposta confere ao magistrado o poder de insistir no ajuizamento de ação coletiva, representando ao CSMP para que promova a demanda, em espéci� em tudo idêntica ao já analisado art. 9° da LACP. A opção é polêmica, certamente.

Revela elevada dose de ativismo do juiz, que, no caso, parece compo1tar-se como órgão público legitimado à propositura da ação coletiva. O controle é salutar, no que diz respeito à possibilidade de o CSM P verificar se não ocorreu arquivamento implícito da notícia de lesão coletiva.

É certo, porém, que, a prevalecer essa regra, o juiz que insistiu administrativamente na propositura da demanda coletiva não deve ser o responsável pelo processamento da causa coletiva, em razão de sua suspeição. O juízo de relevância no ajuizamento da ação coletiva feito pelo magistrado é semelhante àquele elaborado um órgão do Ministério Público. Aliada a isso, a insistência no ajuizamento da demanda faz com que o magistrado perca a imparcialidade para a condução do futuro processo coletivo.

CAPÍTULO VI

LEGITIMAÇÃO AD CA USAM NAS ÁÇÕES COLETIVAS

Sumário · 1. Natureza jurídica da legitimação coletiva - 2. Legitimação ativa - 3. Características da legitima

ção coletiva e do substituto do substituto - 4. o problema do interesse do

substituto - 5. Controle jurisdicional da legitimação coletiva - 6. Conseqüência da falta de legitimação coletiva ativa - 7. Legitimidade ativa das Defensorias Públicas - 8. "Legitimidade ad causam ou ad processum" no mandado de segurança coletivo.

Perspectivas -9. Notas sobre litisconsórcio na ação de improbidade administrativa: litisconsórcio entre "agentes ímprobos" e litisconsórcio entre o "agente improbo" e a pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário - 1 O.

Outros problemas relacionados à legitimidade ativa do Ministério Público.

1 . NATUREZA J U RÍ DICA 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 fw1damentos 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 entendimenlo original. Seguiram essa vertente, entre tantos, os trabalhos de GIDI, Antônio. Coisa Julgada e litispe11dê11cia em Ações Coletivas, p. 44; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direi/o Processual coletivo Brasileiro: Um Novo Ramo do Direito Processual. São Paulo: Saraiva, p. 499/500.

2. No Brasil, Thercza Alvim, sustenta ser uma legitimaçcio própria, coletiva, a11tô110111a, como tertium genus, sendo acompanhada por grande parcela da doutrina, ALVIM, Thercza. O Direito Processual de Estar em Juízo. p. 1 1 8 e segs.; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Ação Civil Pública. ln: DIDIER JR,

Fredie.

Ações Constituciona is. 53. ed. Salvador: Jus Podivm, 201 1 , 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 Colelivo, p. 212/219; VIGLIAR, José Marcelo. Ações Cole1ivas.

Salvador: Jus Poclivm, 2007. p. 69; LEONEL, Ricardo Barros. Manual do Processo Cole1ivo. São Paulo: RT, 2002, p. 159; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. 6" ed. São Paulo: RT, I 999, p.

84/85. Adotando o conceito ele legitimação extraordim\ria apenas para fins didáticos, mas afastando-se da noção clássica: MAIUNON I, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cmz. Manual do Processo de Conhecimemo. São Paulo: RT, 2000, p. 689, nota 1 , e, MARJNONl, Luiz Guilherme; MlTIDlERO, Daniel.

Código de Processo Civil: Comentado Artigo por Artigo, 4• ed. São Paulo: RT, 2012 (art. 6º). 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, Acelino Rodrigues. A Natureza da Legitimidade para Agir no Sistema Único de Tutelas Coletivas: Uma Questão Paradigmática".



FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Cabe esclarecer os conceitos.

Legitimação ad causam ordinária e legitimação ad causam extraordinária são conceitosjurídicosfundamentais 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 jUJídica 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 j urídicos muito bem amadurecidos e amplamente difundidos.

Com o desenvolvimento do processo coletivo, nat11ralmente houve a tendência de buscar o enquadramento da legitimação ad causam coletiva em uma das categorias mencionadas.

Como a legitimação extraordinária pressupõe a autorização legal (art. 6º, 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 historicamente, em um tempo em que não se consagrara de lege lata o extenso rol de legitimados coletivos atualmente existente (art. 5°, Lei n. 7.347/1 985, 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 uma coletividade, que não é legitimada para defendê-la em juízo; o ln: GOZZOLI. Maria Clara; CALMO , Petrônio; QUARTIERI, Rita. Em Defesa de Um Novo Sistema de Processos Coletims. São Paulo: Saraiva, 201 O, p. 60. Observe-se que muitos au1ores atribuem uma natureza diversa aos direitos individuais homogêneos e, em razão dessa distinção, também uma natureza diversa ã k:gilimação ad causam na 1 utela desses direitos, posição da qual nos afastamos. Apenas para exemplificar: "No entanto, quando a ação coletiva visar à tutela de direitos individuais '10111ogé11eos, haverá subs1i111içào processual, isto é, legi imação extraordinária"'. (SHIMURA, Sérgio. Tutela Coleli1•a 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, 1 990, n. 57, p. 98. Também, VIGORITI, Vineenzo. l11teressi col/e11ivi e processo - la legi11i111azio11e ad agire. Milão: GiufTn:, 1979, p. 150; WATANABE, Kazuo. "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para ngi1 ". A tutela dos interesses difusos.

Ada Pellegrini Grinover (coord.).

São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97.

4. Como reconhece um dos antigos acltptos deste posicionamento, WATANABE, Kazuo. "Processo civil de interesse público: introdução". Pmcesso civil e inreresse público - o processo como instrumemo de defesa social. Carlos Alberto de Salles (org.) São Paulo: RT, 2003, p. 18.



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 conceitos e permitir o avanço da ciência.5

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 tenno, 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 categoria desenvolvida pela doutrina alemã: selbstandige Proze}Jfiihrungsb�fugnis. A proposta justificava-se da seguinte maneira: o legitimado não vai ajuízo na defesa do próprio interesse, portanto não é legitimado ordinário, nem vai a juízo na defesa de interesse aU1eio, pois não é possível identificar o titular do direito discutido.6 A ideia angariou adeptos.7

A nova categoria é prenhe de equivocidades.

5. DIDIER Jr., Fredie. Sobre a Teoria Geral do PIY)cesso. essa desconliecida. Salvador: Editora Jus Podivm.

2012, passi111.

6. "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 dffuso). o legitimado não eslarfl dclCndendo 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 co111e111ado e legislação ex/ravaganle. 7' ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1 .885).

7. LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. São Paulo: RT, 2002, p. 159; RODIUGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio a111bie11te. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 58-59; VIGLIAR, José Marcelo. Interesses difusos, coletivos e individuais '10111ogê11eos. Salvador: Editora Jus Podivm. 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.



fREDIE DIDIER IR. E HERMES ZANETI JR.

i) Toda legitimação ad causam é um poder para a condução do processo.

Nada há de especial, portanto, que justifique acrescer 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 extrao1dinária. Há legitimação extraordinária autônoma quando o legitimado extraordinario está autorizado a conduzir o processo independentemente da paiticipação do titular do direito litigioso. "O contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário".8 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, aseada na concepção de Hadding, a legitimação autônoma ... decorre do seguinte: a substituição processual (Prozessstandschafi), 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".9

A proposta não se j ustifica, portanto. Cria-se uma categoria desnecessária e equivocada. Misturam-se conce tos jurídicos processuais fundamentais, comprometendo a qualidade e a inteligibilidade da argumentação jurídica.

A confusão é tão clara que, em edição mais recente, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, embora mantenham a referência à legitimação autônoma para a condução do processo, deixam de fazer críticas à "dicotomia clássica" e concluem que a legitimação em questão é espécie de legitimação ordinária.10 Não há qualquer 8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extrnorclinária". Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1969, n. 404, p. 10.

9. LEAL, Márcio Mafra. Ações coletivas história. teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 126, nota 233.

1 O. NERY JR., Nelson, e N ERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 1 1 ' ed.

São Paulo: RT, 20 1 O, p. 1 .443. No mesmo sentido, SHIMURA, Sérgio. Tutela Coletiva e sua efetividade.



explicação em relação à mudança terminológica, muito menos em relação à surpreendente caracterização dessa legitimação como espécie de legitimação ordinária.

2. LEGITIMAÇÃO ATIVA

A primeira dificuldade técnica revela-se, j ustamente, na superação da já afirmada golden rule da legitimação ativa, pela qual ninguém poderá pleitear em

juízo um direito alheio, ou seja, a estrita correspondência entre o titular da ação e o titular do direito material afirmado (art. 6° do CPC).

Essa regra tem por objetivo a garantia de que não se exporá o indivíduo a uma situação da qual ele não quer tomar parte e, ainda, de que o indivíduo tem a liberdade de participar do processo que julga interesse seu. É regra liberal-individualista nascida da noção de liberdade propalada pelo iluminismo e pela Revolução Francesa e tem seus corolários justificados dentro dos próprios dogmas do devido processo legal e do contraditório. Po1tanto, tal fenômeno é histórico, influenciado pelas transformações políticas e sociais. No medievo, a coesão da comunidade ou grupo era um dado seguro; toda a comunidade se representava, estava encarnada, no postulante, devido à homogeneidade social. 1 1

O surgimento d o indivíduo autônomo e livre na idade moderna, com o advento das doutrinas racionalistas, acaba por influenciar a legitimação nas ações coletivas. "O individualismo processual é sintetizado no princípio de que somente o titular ou o pretenso titular do direito material é legitimado para propor ação com vista a sua tutela".12

Visto o problema na ótica do devido processo legal, cabe salientar que, em decorrência do individualismo, o direito de ação passou a ser concebido como um direito de propriedade. A ruptura do Estado com a Igreja e o racionalismo decorrente das posturas filosóficas cartesiana e iluminista alteraram profundamente a concepção das limitações do homem. O homem passa a ser senhor do próprio São Paulo: Método, 2006, p. 52-53.

1 1 . Claro está que nos referimos a indissociação entre os membros da comunidade, não ao estado de evolução polilica, queremos dizer, não havia preocupação com a representação dos indivíduos (conceito ainda juridicamente desconhecido naquela época), apenas uma unidade de fins e interesses decorrente da coexistência em comunidade. Essas afirrnaçõcs podem ser identificadas, entre outros, nos trabalhos de Yaezell e Maitland como refere a seguinte passagem: "O ser humano medieval estava indissociavelmente ligado à comunidade ou corporação a que pertencia, sendo fácil visualiwr essa categoria como uma entidade homogênea e unitária (de certa forma, um individuo), fazendo-se representar tacitamente por alguns de seus membros. A coesão do grupo medieval era observada pela proximidade geográfica de seus imegrantes, pela homogeneidade social, econômica e cultural entre seus membros e pelo

compartil.har dos mesmo valores. Diz-se mesmo que a vida em comunidade era uma caracteristica essencial do medievo". LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações cole1ivas: his1ória. 1eoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 26.

12. LEAL, Márcio Mafra. Ações coletivas: história, teoria e prâlica, p. 34.



destino e pode dispor sobre seu patrimônio assim como sobre sua vida, por isso, o direito de agir passa a ser vi.sto como uma propriedade privada. 13 Quem sofre as conseqüências da ação tem "direito de participar", ou, no mínimo, de autorizar, consentir sua representação. esse sentido são garantias o princípio do dispositivo em sentido fomrnl (demanda) e o contraditório.

Essa regra geral comporta uma exceção prevista no próprio art. 6°, in fine:

"salvo quando autorizado por lei ", que é conhecida pela doutrina como substitui

ção processual. Esta será sempre excepcional e é, por isso, também denominada: legitimação exlraordinária. 14

A legitimação apresenta-se, também, como 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 <lo processo e no seu resultado, detenninando 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 pelo fair notice

- notificação dos membros da classe - e, corno conseqüência, são estabelecidos o right to opt out direito de exclusão ou "de saída" do membro da classe - e o

-

binding efect - extensão subjettva da coisa julgada.15

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 13. Como bem salienta Leal, "Dentro de'>sa visão, ressalta, além dos

argumcn1os filosóficos e jurídicos. o argumento político e económico, bas•'ado na concepção de que ninguém melhor do que o dono de 11111

património 011 negócio pc11·a decidir e· 111elho1: mais eficaz e mais produtivo modo de dispor desse bem; igualmente, ninguém melhor do que o tilular do direito material para avaliar o melhor momento e a conveniência de se propor uma ação, sendo, em princípio. uma invasão espúria de outrem que viesse interferir e minar determinada estra1égia processual ou vontade do potencial autor. Em uma avaliação sobre resultados econômicos, o custo-beneficio de uma ação e mesmo a própria discussão sobre determinado direito podem se revelar desva111ajosas para J autor na gestão de seu negócio." (Idem, p. 38).

14. Thereza Alvim tece interessantes considerações sobre a necessidade de respeito a norma constitucional da legitimação ordi11ária aos verdadeiros sujeitos cio direito material (O direito processual de estar em juízo.

São Paulo: RT, 1 996. esp. p. 92).

15. Ada Pellegriai Grinover, em raciocínio claro, desenvolve o tema e suas conseqüências: "A criteriosa aferição da representatividade adequada ,; apta a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial.

de modo que neste caso o julgado n io atua propriamente ultra partes, na medida em que todos estão represemados pelo portador em juízo dos direitos e i11teresses". (GRJNOYER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitímaçào, o?jeto e coísajulgada. p. 83).

N

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 material erga omnes, tanto na procedência, quanto na improcedência da ação. Nesses sistemas

a representação poderá ser feita por particular (indivíduo membro da classe), entidades privadas com objeto Ligado ao direito conflituoso (associações ambientais, sindicatos) ou órgãos públicos criados para defesa desses direitos (MP ou ombudsman nos países nórdicos) sendo sempre controlada a sua conformidade

-

e ajustamento pelo órgão julgador.

O direito brasileiro seguiu 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,16 no mandado de segurança coletivo, ou a legitimação da administraçã.o direta e indireta, M P e associações no caso da LACPº

Assim, são três as técnicas de legitimação mais utilizadas em ações coletivas e que foram adotadas no Brasil:17 L) legitimação do particular (qualquer cidadão, por exemplo, na ação popular, Lei 4.7 1 7/ 1 965); 2) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo, mandado de segurança coletivo, art. 5°, LXX, da CF/88); ou, 3) 16. 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 1 985), que seria depois incorporado pela Constituiçcio no tocante ao mandado de segurança coletivo (inc. LXX, b do art. 5º da CF) e posteriormente pelo Código de Defesa cio Consumidor (art. 82, 1 V)". (GRJNOVER, Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 709-7 1 O).

1 7. Recentemente foi aprovado no Congresso ele Processo Civil Ibero-americano o anteprojeto de Código

-Ti1x> para a Ibero-América. Naquele texto a legitimidade vem reconfigurada, nos moldes cio que já preconizava o CM-GLDI (anexo). São detalhes importantes deste anteprojeto: a legitimação do cidadão para defesa ele direitos

difusos, do membro cio grupo ou classe para defesa dos direitos coletivos ou individuais homogêneos (art. 3°) e a representatividade adequada, com o que se pretende garantir um controle sobre as demandas mal instruídas, a pertinência temática entre os interesses do legitimado extraordinário e o objeto da ação e a sua experiência processual e condição financeira (seguindo a orientação prática norte-americana, ver art. 2°, do anteprojeto). A tendência, como foi apomado, será de modificações nessa matéria.



S

!

legitimação de órgãos do Poder Público (MP, por exemplo, a ação civil pública, Lei 7.347/ 1 985). 18

Nesse sentido, colaciona-se a lição de Barbosa Moreira. O autor cita o exemplo do ai1. 5° da Lei nº 7.347 (LACP), que adotou uma "solução eclética", e conclui que a melhor saída é, mesmo, a "combinação entre as legitimações ", exatamente como vem fazendo a legislação nacional19• E, ainda, de CarlosAlbertoAlvaro de Oliveira:

"em sede de legitimação ativa, a lei brasileira apresenta igualmente maior amplitude, englobando concorrentemente, as diversas soluções adotadas em outros países".20

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".21

Por esta razão podendo afumar 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.

3. CARACTERÍSTICAS DA LEGITI MAÇÃO COLETIVA

A simples asse11iva de que se trata de legitimaçã.o por substituiçã.o processual não se revela suficiente à compreensão do tema. É preciso estabelecer quais são as características estruturais dessa legitimação.

Os jmistas 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.22 O principal interesse em jogo era encontrar a maneira de uperar 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, direitos subjetivos, que se encontravam em um limbo

(direitos difusos e coletivos), destituídos de titulai·idade clara e de proteção jurisdicional, como conseqüência 18. A respeito, salienta GIDI que, '" ... a única forma de conciliar os aspectos positjvos e diluir os problemas e os riscos emergentes é a técnica de cem binação de algumas dessas propostas, atribuindo legitimidade tanto a entes públicos como a entes privados ou a particulares". GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações co/eJivas, p. 35.

19. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "La iniciativa en la defensa judicial de los interescs difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileiia)". ln: Temns de direito processual: quinla série. São Paulo: Saraiva, 1 994, p. 163-167 esp. p. 164-165.

20. OUVEIRA, Carlos Albeno Alvaro ('e. A ação co/e/il'a de responsabilidade civil e seu alcance, p. 95.

2 1 . MILAR.É, Edis. Tutela "jurisdiciona do ambiente". Justitia: São Paulo, 1992, nº 157, p. 66.

22. CA PPELLETTI, Mauro. Formaçõ sociais e imeresses coletivos dia/l/e da jus/iça civil, p. 158.

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 regulannente instaurado com a

só presença, no processo, do legitimado extraordinário".23 Há legitimação extraordinária exclusiva, se apenas o legitimado extraordinário puder ser a parte principal do processo, cabendo ao protagonista da situação litigiosa, se j á 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), ressalvando-se a situação da comunidade indígena, já mencionada.

Se é exclusiva e autônoma, quanto ao rol de legitimados, é, no entanto, concorrente entre os legitimados extraordinários. Há legitimação concorrente ou co-legitimação 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 co/egitimados. 24

A 1.egitimação pode também ser classificada em isolada ou simples, quando o legitimado puder estar no processo sozinho, e legitimação conjunta ou complexa, quando houver necessidade de formação do litisconsórcio.25 A legitimação conjunta somente pode operar-se no pólo passivo.

Por outro lado, a legitimação nas ações coletivas passivas deve estar preocupada ao máximo com a segurança jurídica e com o devido processo legal. Nos casos em que houver possibilidade de respeitar um contraditório mais amplo sem prejuízo da efetividade, mediante um prudente juízo de ponderação dos valores e observada a complexidade da causa, deverá o juiz, no âmbito de sua atividade
23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para 11111 estudo sistemático da legitimação extraordinária, p. 1 O.

24. "Também é chamada disjuntiva no sentido de não ser complexa, visto que qualquer uma das entidades co-legitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorizaçiio por parte dos demais colcgitimados. É facultada, entretanto, a formação voluntária de litiscoosórcio." (GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, p. 38).

25. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 2, p. 3 1 2. " ... a legitimidade ordinária de cada colegitimado está chumbada à dos demais, de modo a só se completar com o concurso de todos os legitimados ... ". Também assim, A RMELIN, Dona Ido. legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. p. 1 1 9; GRANDA, Piedad González. EI litisconsórcio necesario en el proceso civil.

Granada: Editorial Comarcs, 1 996, p. 92-93.

2 1 1



de definição do litígio (defining function), determinar sobre a existência ou não do litisconsórcio passivo necessário, conseqüentemente, da legitimação passiva complexa na causa. Não só para exigir a presença de titulares de direitos individuais reflexamente atingidos, como também para exigir dos demais legitimados coletivos (outras associações, entes coletivos). Esta parece ser a solução prevista pelo contexto dos Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, ambos preocupados com a representatividade adequada.

Enfim, o certo é que a legitimação coletiva possui as seguintes características: a) está regulada, inicialmente, por lei (art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85; art. 82 do CDC etc.); 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 g rupo de pessoas, titulares de direitos individuais abstratamente considerados, na forma do a1i. 8 1 do CDC e seus incisos); d) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode atuar em juízo para proteger os seus direitos,26 cuja defesa cabe aos legitimados coletivos, que possuem legitimação autônoma, exclusiva e concorrente e simples.

Nesse sentido, poder-se-ia questionar: a que título os partidos políticos, sindicatos, entidades de classe e associações, teriam interesse jurídico a legitimar a substituição nos processos coletivos?

4. O PROBLEMA DO INTE RESSE DO SU BSTITUTO

A questão do interesse do substituto processual assombra o processo civil por ser decorrente da necessidade presente - em quase todos modelos processuais de direito comparado - de que o exercício da ação se justifique por um interesse pessoal e direto.

A essa questão responde Arruda Alvim: "Realmente, o agir do substituto decorre do interesse que ele tem. Entendamos, porém, isto convenientemente. O problema do interesse deve ser encarado em dois planos: J °) quando se apresenta ao legislador, 2°) quando consta da lei"27; ou seja: " . . . o legislador quando entende ser útil atribuir legitimidade, embora extraordrnária, ao substituto, o faz em decorrência da verificação histórica dos fatos da vida, de que

o substituto tem, na verdade, interesse no 26. 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 6.001173 (Estatuto do Índio): "Os grnpos tribais ou comunidades indígenas si.o 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".

27. ARRUDA ALVIM, José Manoel. C J111emários ao código de processo civil, p. 430.

direito do substituído".28 Como exemplos, alude ao papel do marido na proteção do bem dotai, a1t. 289, J l l, do CC- 1 9 1 6, onde as justificativas históricas ressaltam sem maiores exames; e ao Ministério Público, quando este atua em ações civis,29 fo1talecida a sua função social como organismo "destinado a representar a sociedade".30

Waldemar Mariz de Oliveira, em estudo específico sobre substituição processual, vai além e com crítica à posição de Carnelutti, que entende imprescindível a

vinculação de interesse jurídico do substituto para legitimar a substituição processual,31 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 idéia de que o conceito de substih1ição é "eminentemente formal" (rectius: processual), Waldemar Mariz de Oliveira Junior vê na expressão "agir em nome próprio" uma idéia 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 constih1i, reiteramos, elemento de monta para caracterizar a substituição processual".32 Exemplifica o autor, como Arruda Alvim, citando o M i nistério Público,33 afirmando ser possível a substituição

28. Idem. p. 430-3 1 .

29. Recente publicação ressalta o papel peculiar dessa legitimação cio Ministério Público (MP), instituição permanente e essencial a fi.mção jurisdicional no nosso nascente Estado Democrático Constitucional. Fazendo urna analogia com a legitimação do MP no processo penal, Maria Hilda Marsiaj Pinto, ressalta que essa legitimidade reside no interesse público primário, no órgão como "longa manus ela sociedade" e decorre da própria "organicidade" do Parque/. Conclui a obra afirmando: "pode-se afirmar que a legitimação oficial para mover a ação civil pública (gênero no qual incluída a ação de improbidade administrativa) foi o meio adotado pela ordem jurídica brasileira para ... garantir o controle concreto da legalidade extrapenal.

sempre que a conduta desviada (ativa ou omissiva) merecer alta reprovabilidade em razão de sua carga lesiva potencial ou efetiva, seja no que respeita à qualidade do bem atingido, seja no tocante à abrangência dos ofendidos." (PINTO, Maria Hilda Marsiaj. Ação civil pública: funda111e11tos da legitimidade ativa do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 1 42).

30. Idem, p. 43 1.

3 1 . Para Carnelutti: "Hay sustitución cuando la acción en el processo de una persona distinta de la parte se debe, no a la iniciativa de ésta, sino ai estimulo de un interés conexo com el interés inmediatamenle comprometido en la litis o en el

negocio". CARNELUTTI, Francesco. lnstitucíones dei Proceso Civil. 5'

ed. Buenos Aires: EJEA, 1959, v. 1, p. 176.

32. OLIVEIRA JÚNIOR, \.Valdemar Mariz de. Substituição processual. São Paulo: RT, 1969. p. 1 35 e 1 72.

Reforça esse posicionamento na conclusão (nº 1 1): "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 pane do substituto, independe da existência ou não de um interesse seu pessoal (cf. nº 64)." (Idem, p. 175).

33. Exemplo da substiruiçào processual pelo Ministério Píiblico revela-se na anulação de casamento celebrado por autoridade incompetenle (art. 208, 1 1 do C.C.). Cf. BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de .Janeiro: Forense, 1983, v. I , p. 1 1 O.

processual por seus representantes e assevera que eles "não são insuflados por nenhum interesse pessoaf'.

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 primario) ou amplitude significativa (grande o número de direitos individuais lesados).34 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 M inistério Público? Segundo a própria Constituição, é a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais (sempre) e dos interesses individuais (apenas se indisponíveis)".35

Tal como o direito positivo evoluiu a ponto de valorar a perspectiva histórica Uá questionável) no interesse do marido, referente ao bem dotai e, também, o interesse "prático" do capitão do navio,36 o primeiro progresso, em direitos coletivos, foi legitimar ativamente os órgãos que o constituinte considerou "corpos intermediários da sociedade ci\'il". Dessa forma reconheceu sua participação, no controle do poder, como função fundamental para a democracia. Posteriormente, o sistema evolveu no sentido de que a coisa julgada não afeta aqueles que não estavam representados no processo. A inteligência dessa disposição revela-se no evitar lesão aos direitos subjetivos individuais, verdadeiros motivadores das garantias, que não poderiam sair prejudicados.

34. Nesse sen1ido julgamento do STJ do uai se transcreve a ementa: "No caso sub judice, os beneficiários da demanda são, na sua maioria - ou amscaria a dizer, todos eles -arrendatários de veículos. Por certo, não se encontrará um só que possa ser cla�sificado 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. 09.1 0.2001).

35. Entre muitos cf. MAZZI LLI, Hugo]\ igro. /n1erve11çào do Ministério Público no processo cívil: críticas e perspec1ivas. 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 d�corrência 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 corno 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 defüsa de toda e qualquer espécie de interesse me taindiviclual, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo. Especificamente quanto aos coletivos e individuais homogêneos, é viável a atuação do Parque! em juízo, desde que a situação protegida seja ampla e relevante, ganhando conotação social". LEONEL, Ricardo.

Manual do processo coletivo, op. cit p. 433.

36. Cf. art. 527 do Código Comercial.

Portanto, a substituição processual independe da existência ou não de um específico interesse processual ou material do substituto:37 o que se deve averiguar é a existência de um interesse processual na solução do conflito, sem relacioná-lo à figura do substituto processual. A possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir devem ser examinados em relação à situação jurídica litigiosa posta em juízo, 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 juiz através de controle jurisdicional verificar a correta "representatividade" dos substitutos processuais para garantir a melhor tutela dos direitos coletivos.

5. CONTROLE J U RISDICIONAL DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA

Há quem afüme, como foi visto, que, no Brasil, para a averiguação da legitimação coletiva, é suficiente o exame do texto de lei. Não poderia o magistrado, por exemplo, afümar 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"38, não cabendo ao magistrado fazer essa avaliação caso a caso. A verificação da adequacy ofrepresentation seria tarefa do legislador. A legitimação coletiva seria, pois, ope /egis. 39

Há outros, porém, que, com base na experiência americana (art. 23 das Federal Rufes), admitem o control.e judicial da "representatividade adequada".40 Ou seja, 37. É preciso atentar para o Aorcscimento 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 ele Código Tipo, já mencionado, procura delimitar quais os requisitos para a avaliação da adequada representação, seguindo assim a orientação muito superior das class actio11s norte-americanas.

38. 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 beneficio cio 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 cios interesses do grupo, sendo seu portador em juízo". (A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. Revista de Processo.

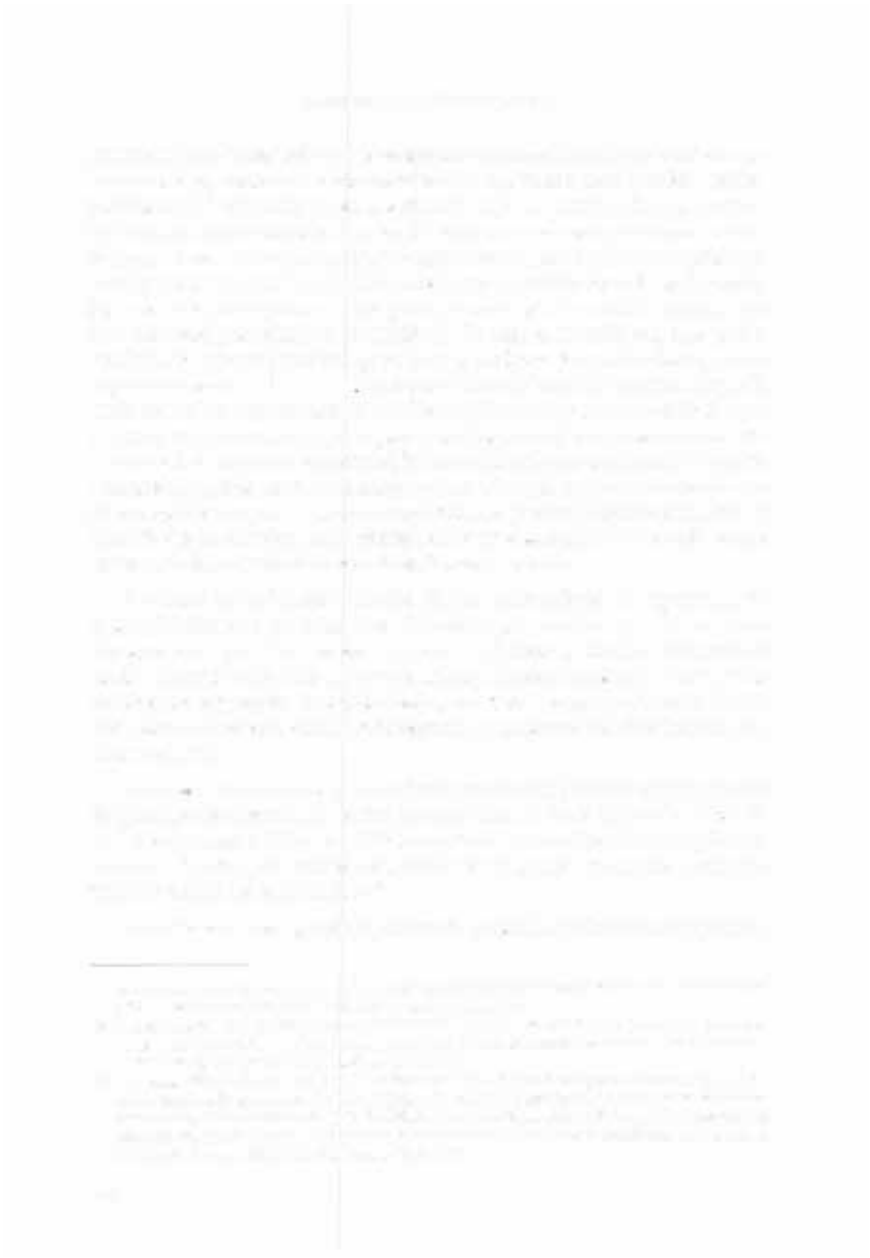
São Paulo: RT, 2003, nº 108, p. 6 1-62).

39. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil co111e111ado e legislação extravagante. 8' ed.

São Paulo: RT, 2004, p. 1427, nº 1 O. Adotando essa concepção, embora reconhecendo que ela não prevalece em regra, V1GLIA R, José Marcelo. Interesses difusos, coletivos e individuais homogéneos. Salvador: Edições JusPODTVM, 2005, p. 6 1 -69.

40. Por exemplo, GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta.

Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, nº 1 08, p. 6 1 -70; GR.lNOVER, 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 cm 1981, propunha que a lei conferisse a legitimação 2 1 5



peculiaridades.

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

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 caracteristicas 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 basta a previsão legal da legitimação.

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

É preciso verificar, a bem de garantir a adequada

tutela destes 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 jmídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.

A análise da legitimação coletiva (e, por conseqüência, da representação adequada) dar-se-ia em duas fases. Primeiramente, verifica-se se há autoriza

ção legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo. A seguir, o juiz faz o controle in concreto da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os e.lementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela.

A necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva.41 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.42

A tendência é a consagração legislativa da possibilidade deste controle judicial.

coletiva em termos flexíveis, reservando ao juiz "margem razo:.ivel de liberdade

no exame de cada caso ...

(" otas sobre o problema da efctivi�ade do processo", cit., p. 36).

4 1 . A possibilidade de o juiz dispensar o prazo mínimo de um ano de constituição, para que a associação proponha a ação coletiva, verificado> certos requisitos, já é um sinal ostensivo de interferência judicial no controle da legitimação coletiva (an 82, § 1°, do CDC).

42. No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, há previsão expressa de controle jurisdicional da legitimação coletiva do MiniHério Público, devendo o magistrado examinar a pertinência temática entre as funções institucionais do Ministério Público e o objeto da demanda(§ 2° do art. 20). Corretamente, neste sentido, GlDI, Antonio. A represe111ação adequada nas ações cole1ivas brasileiras: uma propos/a.

Revista de Processo. São Paulo: RT. 2003, nº 108, p. 64.

LEGITL\llAÇÀO AD CAUSAM NAS AÇÕES COLETIVAS

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. Ajmisprudência do STF deu a este vínculo o nome de "pertinência temática".43 Esse critério seria um, dent1·e vários, para a averiguação da adequação do legitimado coletivo.

O CM-G IDl, ressaltando a necessidade de se avaliar também a conduta dos

advogados que irão representar a classe, sugere:

"3. 1 . Na análise da adequação da represenlação, 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 extra-judicial dos interesses do grupo; 3 . 1 .3. A conduta e pa11icipação 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 representalividade perante o grupo.

O CM-II D P,44 por exemplo, expressamente adota essa postura, referindo-se a diversos critérios para a aferição judicial da representação adequada, mas excluindo o controle do advogado: a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c) sua conduta em outros processos coletivos;

d) sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo; 43. "Ação direta de inconstitucionalidade. Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL. !'"alta de legitimidade ativa. - Na ADI 1 .792, a mesma Confederação Nacional elas Profissões Liberais - CNPL não teve reconhecida sua legitimidade para propô-la por falta de pertinência lemática entre a matéria disciplinada nos dispositivos então impugnados e os objetivos institucionais especlficos dela, por se ter entendido que os notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais. - Sendo a pertincncia temática requisito implícito ela legitimação, entre outros, elas Confederações e entidades de classe, e requisito que não decorreu de disposição legal, mas da interpretação que esta Corte fez diretamente cio texto cons1itucional, esse requisito persiste não obstante ter sido vetado o parágrafo único do artigo 2° da Lei 9.868, de 1 0. 1 1 .99. É de aplicar-se, portanto, no caso, o precedente acima referido. Ação direta de inconstilllcional iclacle não conhecida (ADI 2482/MG, STF, Pleno, relator Min. MOREIRA ALVES, j.

02. I 0.2002. D.I ele 25.04.2003, p. 32)".

44. O Código Modelo de Processo Coletivo é um projeto cio Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Foi elaborado por uma comissão composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves ele Castro

Mendes, Anibal Quiroga Leon, Anlonio Gicli, Enrique M. Falcon, José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Bcrizoncc e Sergio Artavia.

2 1 7

d

fREDIE ÜlDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

e) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

f) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe (art. 2º, § 2°).

O CBPC-IBDP também consagra, com ressalvas, a possibilidade de controle judicial da legitimação coletiva, nos seguintes termosg

A rt. 20. Legitimação - São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: 1 - qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a - a credibilidade, capacidadi! e experiência do legitimado; b - seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

e - sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado; 1 1 - o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso l deste artigo; n 1 - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

rv - a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do giupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, biposuficientes; V - as pessoas jurídicas de ireito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos; VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo. ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código; Vll - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria; VW - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais; IX- as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há

pelo menos um ano, que incluam entre seus fillS institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ l º - Na defesa dos intert'sses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, 2 1 8

quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

§ 2º - No caso dos incisos 1 e 1 l deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

§ 3º - Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e 11 deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

§ 4º- Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada (inciso 1 �este artigo).

A j urisprndência brasileira já se e!"lcaminha 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.45 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 necessár.ia 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 contrn 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. Impõem-se zelo e cuidado redobrado na fundamentação das decisões que entendam pela ausência de representatividade adequada para que se evite atuar no sentido contrário das finalidades instituídas para a tutela coletiva.

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 45. 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 200 1 , acrescentando um parágrafo único ao art. Iº 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: 1° T., REsp nº 505.303/SC, rei. Min. Luiz Fux, DJ de 1 9 . 1 2.2003, p. 339.

o

u

através de um representante. M as não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado".46

6. CONSEQÜ ÊNCIA DA FALTA DE LEGITIMAÇÃO COLETIVA ATIVA

A conseqüência 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).

O exame da legislação brasileira revela que a postura em situações como essa deve ser a de aproveitamento d processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte que se reputa inadequada para a condução da demanda.47 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. 9° da Lei Federal nº 4.71 7/65; art.

5°, § 3º, Lei Federal 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.

Correta, portanto, a proposta contida no CBPC-IBDP: "Art. 20 (...) § 3° Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e I I deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de q e assumam, querendo, a titularidade da ação. (...)

§ 8º Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no parágrafo 3° deste artigo".

Ainda, na mesma linha e com maior abrangência, o CM-G l D I :

"Art. 2.5. O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição e da pertinência temática ou atribuir legitimidade coletiva a membros do grupo, quando não houver legitimado coletivo adequado interessado em representar os interesses cio grupo em juízo".

46. GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, nº 1 08, 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 Pau o: RT, 200 1, p. 80.

47. GIDI, Antonio. "A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta". Revista de Processo. São Paulo: RT. 2003, nº 103, p. 68; DIDIER JR, Fredie. "O controle jurisdicional da legitimação coletiva e a ação coletiva passiva'". n: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (orgs). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, '.'005. p. 95-105. esp. p. 98.

LEGJTJMAÇÀO AD CAUSAM NAS AÇÕES COLETIVAS

7. 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.

1 34 da CF/88). A atuação em favor dos necessitados é determinação constitucional, sendo que a Lei Complementar 80/ 1 994 é 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 f·unção é a orientação j urídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LX

XIV (acesso formal à justiça).

É imp01iante 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. 9° II) e defensor dativo no processo penal (CPP art. 265).

Até a edição da Lei Federal n. 1 1 .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 final idade de coibir um dano ambiental, o art. 5º da Lei 7.347 / 1 985 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 bá mais de um ano, que por ser bipossuficiente 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 8.07811990 (CDC), que prevê a legitimação de órgãos de defesa do consumidor mesmo que despersonalizados, para a defesa dos direitos e interesses de que trnta 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 2 2 1

o Núcleo da Defensoria Pública de Defesa do Consumidor move a ação civil coletiva com base no a11. 82, m, do CDC. lmportante 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.

2 1 da ACP c/c art. 90 do CDC), portanto, para além do direito do consumidor.

A nova redação do art. 5° da LACP (Lei 7.347/1 985), determinada pela Lei n. 1 1 .448/2007, prevê expressamente a Defensoria Pública (art. 5°, II, LACP) entre os legitimados para a propositura da ação civil pública. Atende, assim: a) a evolução da matéria, democratizando a legitirnaçã.o, 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 legislador, contudo, perdeu a oportunidade de introduzir um mais amplo controle judicial da legitimação adequada, inclusive permitindo a legitimação do indivíduo, nos termos do que vem sendo pugnado pelos Projetos de Código Processual Coletivo. E essa cntica se justifica ainda mais, quando se vê na jurisprudência decisões que interpretam equivocada.mente 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. Assim, por exemplo, não poderia a Defensoria Pública promover ação coletiva para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de PlayStation IU 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 difl.1sos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas.

Ainda neste sentido, não se1ia 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. 80/94, alterado pela Lei Complementar n. 1 32/2009, exige que a ação civil pública

proposta pela Defensoria possa de algum modo beneficiar grnpo de pessoas hipossu:ficientes: "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".

LEGITIMAÇÃO AD CAUSAM NAS AÇÕES COLE.TIVAS

Este foi um dos fundamentos para o TJRS decidir pela legitimação da Defensoria Pública para o aju izamento de ação de improbidade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

LEGITIMIDADE DA DEFENSORJA PÚBLICA.

A conjunção da Constituição Federal com as leis nº 7.347/85 (art. 5°, Il, com a redação que lhe deu a Lei nº 1 1 .448/07), Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigos 1°, 3º e 4°, com a redação que lbe deu a LC nº 1 32/09) 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 tlido, 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 administrndores da A PAE - Associação de Pais e Amigos cios 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 Des. Rei., em seu voto, mencionou expressamente que o M P 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.48

48. Na mesma linha do que defendemos aqui o STJ reconheceu a legitimação da defensoria para defesa de direitos individuais homogêneos ligados ao direito <\ educação: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL

PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. ART. 13 DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS

ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. DEFENSORJA PÚBLICA. LEI 7.347tS5. PROCESSO DE

TRANSFERÊNCIA YOLUNTÁRJA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA. LEI 1 1 .448'07. TUTELA DE INTERESSES IND!YTDUAIS 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 Illínima. Sentença e acórdão negaram legitimação para agir à Defensoria. 2. O direito a educação, responsabilidade do Estado e da falllília (art. 205 da Constituição Federal), é garantia de natureza universal e ele resultado, orientada ao "pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade" (arl. 13, cio Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos. Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão ela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1 9 de dezelllbro de 1 966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 226, de 1 2 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto 591, ele 7 de julho de 1 992), daí não poder sofrer lilllitação 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, 223



fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

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 l iquidação 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 conseqüência, 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 dfreitos individuais. O alerta é importantíssimo, tendo em vista o obiter dictum constante do voto-vista do Min.

Teori Zavascki, no REsp n. 9 1 2.849-RS, no qual ficou consignado que a decisão coletiva, nestes casos, somente pode beneficiar as pessoas que comprovarem ser necessitadas, demonstração essa que ocorrerá na fas<unk> 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 q e somente remanesce legitimação coletiva para a Defensoria Pública promover a execução individual da sentença genérica (direitos sendo incompatível com essa sua es<unk>encial, 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 propos itura de Ação Civil P i1blica proteger interesse individual homogêneo, monnente porque a educação, mote da preseme discussão, é da máxima relevância no Estado Social, daí ser integral e incondicionalmente aplicúvel, nesse campo, o meio processual da Ação Civil Pública, que representa "contraposição à técnica tradicional de solução atomizada" de conAitos (REsp 1 .225.01 01'E, Rei. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.3.201 1). 4. A Defensoria Pública, instituição altruísta por natureza, é essencial à função jurisdicional do Estado, nos tem1os do arl. 1 34,caput, da Constituição Federal. A rigor, morm.:nte em países de grande desigualdade social, ern que a largas parcelas da população - aos pobres sobretudo - nega-se acesso efetivo ao Judiciário, como oco1Te infelizmente no Brasil, seria impróprio falar em verdadeiro Estado de Direito sem a existência de uma Defensoria Pública nacionalmente organizada, conhecicta 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 rclaçê>cs de consumo ou i

i 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, ao essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela narur.!za ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os 11ecessilados (= critério s,1bjetivo). 6. "É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a legitimatio 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 1 1 .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 . 1 06.51.S.MG, Rei. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Tumrn, DJe 2.2.201 1). 7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública." (REsp nº 1 .264.1 16-RS, rei. Min. Hemian Benjamin, publicado no DJe de 1 3.04.201 2).

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). A 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. 1 1 .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 ampl iação dos legitimados à tutela coletiva é uma tendência no direito brasileiro, que se iniciou em 1 985, 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 Maurn 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 § 1 °

do art. 1 29, 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 Constitui�ão 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, jàvorabilia 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 atribui

ções do Ministério Público. O Supremo Tribunal Federal deveria ser prnvocado para resolver outros tipos de questão. O curioso é que não consta que a mesma CONAM P 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?

Há ainda três considerações a serem feitas.

É possível o litisconsórcio facultativo entre Defensorias Públicas co-legitimadas à proposih1ra da mesma açã.o coletiva.

A Defensoria Pública pode celebrar compromisso de ajustamento de conduta, já que é um "órgão público" (art. 5°, § 6º, Lei Federal n. 7.347/ 1 985).

Não tem a Defensoria Pública legitimidade para a instauração do inquérito civil público, procedimento investigatório exclusivo do Ministério Público.

225

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

8. "LEGITIMIDADE AD CA USAM OU AD PROCESSUM" NO MANDADO DE SEG U RANÇA COLETIVO. PERSPECTIVAS

O art. 5°, LXX, da CF/88 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, aplica-se, integralmente, ao mandado de segurança coletivo o que se desenvolveu neste Curso neste capítulo. Gostaríamos, contudo, de propor, para reflexão, as seguintes ponderações, ao final fazendo considerações gerais que são aplicáveis à nova regra do art. 2 1 da Lei 1 2. 0 1 6/09.

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 (Prozessfohrungsrecht) e da legitimação por substituição processual; b) a dissociação entre os momentos ope legis e ope judieis, 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, opejudicis.

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).

226



LEGITIMAÇÃO AD CAUSAM NAS A('ôES COLETIVAS

Trata-se de regra semelhante ao § 1 ° art. 8° da Lei n. 9.0991 1 995, que atribui apenas às pessoas tisicas capazes, às microempresas, às Organizações da

Sociedade Civil de Interesse Público e às sociedades de crédito ao microempreendedor (conforme a redação trazida pela Lei 1 2. 1 26/2009) a capacidade processual para demandar nos Juizados Especiais Estaduais (o caput do art. 8° 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. 5° 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.

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 ajuízo 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. 5° da CF/88?49 Nenlrnma.

É inconstitucional, portanto, qualquer interpretação do art. 2 1 da Lei n.

1 2. 0 1 6/200950, que praticamente reproduziu o texto constitucional, que reconheça 49. Como, por exemplo, a Defensoria Pública.

50. Arl. 2 1 da Lei a. 12.01 6/2009: "O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na delesa 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".

227



a incapacidade processual dos demais legitimados à tutela coletiva para valer-se do procedimento do mandado de segurança coletivo.51

Foi dito que o art. 21 da Lei n. 1 2.016/2009 "praticamente" reproduziu o texto constin1cional, 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 oue 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 urna "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 constin1cional, pois: a) se a legitimação dos partidos políticos para as ações diretas de constitucionalidade não exige pertinência temática, porque haveria de exigi-la o MSC; b) os partidos poüticos 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 Constiniição não limitou a legitimação dos partidos políticos, subjenva ou objetivamente, justamente por valorizar estes corpos intermediários da sociedade civil corno 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.

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 microssistema, incide também a regra do art. 5°, § 4°, da Lei n. 7.347/1 985, que permite a dispensa da prévia constituição52•

5 1 . Nesta linha, adotando expressamente essa conclusão, com novos fundamentos, ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. "Aspectos polêmicos do mandado ele segurança coletivo: evolução ou retrocesso?". Revista de Processo. São Paulo: RT. 2012, n. 203, p. 43- 5 1 ; CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane. "Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 203. p. 1 2 1 - 147. Também neslc 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 Defonsoria Pública para o mandado de segurança coletivo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 203, p. 322-342.

52. No sentido contrário cf. Cássio Scarpinella Bueno, alegando a falta de menção expressa da nova Lei à possibilidade de dispensa, a nosso vr. contrariando o resto da excelente obra do autor, leitura puramente gramatical do sistema.

LEGITIMAÇÃO AD CAUSAM NAS AçôES COLETIVAS

9. NOTAS SOBRE LITISCONSÓRCIO NAAÇÃO D E IM PROBIDADE AD

MINISTRATIVA: LITISCONSÓRCl.0 ENTRE "AGENTES Í M P ROBOS"

E LITISCONSÓRCIO ENTRE O "AGENTE ÍMPROBO" E A PESSOA J U RÍDICA DA QUAL SEJA SÓCIO MAJORITÁRIO

A lei de improbidade administrativa é uma lei de responsabilização pessoal.

Pessoas físicas e jurídicas podem ser responsabilizadas (arts. 1 ° a 3° da Lei n.

8.429/1 992)53; podem, por isso, ser proibidas de contratar com o poder público.

A natureza da responsabilidade é pela prática de conduta ilícita. Neste sentido, é bom lembrar que são duas as pretensões materiais; o processo de improbidade administrativa possui conteúdo complexo: uma dupla face, como bem asseverou TEORlALBINO ZAVASCK1; 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 pessoal, 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 física ou j urídica pode resultar em proibição de contratação com o poder público, mesmo por intermédio de pessoa jurídica da qual a condenada seja sócia majoritária (art. 1 2, incisos I, II e III, da 53. "Art. 1° 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, elos 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, beneficio 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. 2° 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 fonna de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, uo 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".

229

Lei n. 8.429/1 992)54• Lembre-se que pessoa jurídica também pode ser sócia de outra pessoa jurídica. A regra aplica-se, enfim, a pessoas físicas 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. Nestes casos, o legislador não impõe o litisconsórcio. Seria preciso que a eficácia principal da sentença atingisse essa pessoa jurídica, 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.

54. "Arl. 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: 1 - na hipótese cio arl. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamen'e 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 socio majoritário, pelo prazo de dez anos; TI - na hipótese do art.

1 O, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos

ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perc:Li 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 beneílcios 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; UI - na hipótese do art. 1 1 , 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 ju.rídica 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 proveito patrimonial obtido pelo agente".

LEGITIMAÇÃO AD CAUSAM NAS AçôES COLETIVAS

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 litisconso1tes 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.

10. OUTROS PROBLEMAS RELACIONADOS À LEGITIMIDADE ATIVA DO M INISTÉRIO 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, j á 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.

CAPÍTULO VII

INQUÉRITO CIVIL1

Sumário · 1 . Noções gerais - 2. Princípio do contraditório - 3. Princípio da publicidade - 4. Princípio da duração razoável do procedimento - 5. Instauração - 6. Inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta

- 7. Arquivamento - 8. Reabertura do inquérito e reapreciação de provas - 9. O inquérito civil e o crime de falso testemunho - 1 O. Recomendações - 1 1 .

Audiências públicas - 12. Cadastro nacional das ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta

1 . NOÇÕES GERAIS

O Min. do STF 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 civi l, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pi'.Jblica".2

Há previsão legal (a1i. 8°, § 1 º, Lei Federal nº 7.347/1 985; art. 6°, Lei Federal nº 7.853/1 989; aiis. 223 c/c 20 1 , V, Lei Federal nº 8.0691 1 990; art. 26, I, Lei Federal nº 8.625/1993; art. 6º, Lei Complementar 75/ 1 993) e constitucional (art.

1 29, III, CF/1 988) do inquérito civil.

Eis, pois, as suas características:

1 . Alteramos o título deste capítulo, eliminando o adjetivo "público", que qualificava o inquérito civil. Na verdade, como observa a doutrina, hoje, de /ege lata, só temos o inquérito civil público, de titularidade exclusiva do Ministério Público, muito embora exista a possibilidade, de /ege 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 colcgitimados à propositura da ação, podendo ser emprestadas as provas neles obtidas.

Nesse sentido: "Quanto il 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 parque/

não impede que o seu conteúdo não possa ser 'emprestado' a outro legitimado, parn 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 Abelha. Ação Civil Pública e Meio Ambiente, 2'. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 103-104.).

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).



a

Titularidade

Objetivo

Natureza Jurídica

Obrigatoriedade

Exclusividade do Mi-

Angariar provas e ele-

Procedimento admi-

Facultativo.

nistério Público.

mentas de convicção nistrativo informal de

para o exercício de caráter inquisitivo.

ação civil a cargo do

MP, ação coletiva ou

de termo de ajusta-

mento de conduta.

O inquérito civil é um instrumento de atuação exclusiva do M inistério Público.3 Trata-se de um procedimento administrativo investigatório, de caráter inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público, sem maiores formalidades4• Como simples procedimento, não é imperativo o respeito contraditório, embora em muitos casos possa ser aconselhável. Seu objeto é, basicamente, a coleta de elementos de prova e de convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a cargo do Parque!. Daí que: "O inquérito civil também serve para que o Mini!>tério 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

Embora somente possa ser instaurado e conduzido pelo Ministério Público, qualquer cidadão pode pedir a abertura do inquérito civil, comunicando um fato que repute relevante e que careça de investigação. Trata-se de manifestação do direito fundamental de petição (art. 5 ', XX.XIV, "a", CF/88).6

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 freqüentes do inquérito civil é celebração de um compromisso de ajustamento de conduta (art. 5°, § 6°, Lei Federal nº 7.347/1985).7

3. "Apesar da pluralidade de sujeitos que recebem expressamente a legitimação para propor a ação civil pública (art. 5° 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. 8° da Lei 7.347/85)". (NEVES, Daniel Amorim Assurnpção.

"O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis". Processo civil coletivo. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco. São Paulo: Quanier Lalin, 2005, p. 219).

4. Em sentido diverso, considerando o inquérito civil um procedimento formal e solene, RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente, p. 96.

5. MAZZLLLI, Hugo Nigro. "O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público". A ação civil pública após 20 anos: efetividades e desafios. Édis M ilaré (coord). São Paulo: RT, 2005, p. 223.

6. Assim, também, LEONEL, Ricardo d Barros, Manual do processo coletivo, p. 315.

7. Assim, também, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis", cit., p. 2 1 7; l\fAZZlLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 1 5"

ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 338; LEONEL, Ricardo de Barros, Manual do processo coletivo, p. 3 1 3.

INQUÉRITO CIVIL

Apesar de a sua origem estar muito próxima ao inquérito policial (IP), com este não se confunde, embora sejam inevitáveis as comparações. Podem ser apresentadas as seguintes distinções básicas com o inquérito policial: a) o IC se destina precipuamente para a área cível lato sensu, enquanto o IP volta-se sempre para a área criminal; b) no IC é o próprio M P que preside as investigações, enquanto que no IP, em geral, é a polícia que atua no inquérito; c) no lC o arquivamento é controlado pelo próprio 1v1P, que determina o arquivamento (com obrigatória remessa de oficio para Conselho Superior do

Ministério Público);8 no inquérito policial, o controle do arquivamento é efetuado pelo juiz, o MP 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.9

"Como é sabido, é o inquérito policial dispensável para a promoção da ação penal, se tiver o dominus li tis elementos de convicção suficientes à sua propositura, nos termos do art. 39, §5°, 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".º

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, nã.o 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. 427 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 colegitimados dependeriam sempre ele atuação cio órgão min isterial para poder ingressar com a competente ação civil pública, o que evidentemente seria um absurdo injustificaclo".11

Entre os efeitos da instauração do IC podemos citar: a) a interrupção da decadência - art. 26, § 2°, do CDC; b) a possibilidade de expedição de requisições 8. Cf. art. 9° da Lei 7.347/85. É bom lembrar que a matéria vem também disciplinada na Lei Orgânica do Ministério Público, que é a regra geral para os Ministério Públicos dos Estados (LOMPE), Lei 8.625/93, art. 5º., HT, bem como na Lei Orgânica do Ministério Público da União, LC 75/93.

9. LEONEL, Ricardo de Barros, Manual do processo coletivo, p. 3 1 3.

10. PROENÇA, Luis Roberto, Inquérito civil, p. 43.

1 1 . NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis", cit., p. 2 1 7.

e notificações, bem como condução coercitiva em caso de não comparecimento (art. 1 29, V I da CF/88; art. 26, I da LOMPE); e) possibilidade de requisição de perícias e informações, de entes públicos ou particulares, em prazo não inferior a

dez dias (art. 8º, § l º, Lei Federal nº 7.347/ 1 985; art. 6°, da Lei Federal oº 7 .853/ J 989; art. 223 da Lei Federal nº 8.069/ J 990); mesmo que residual e não necessário podemos citar ainda a d) 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. 1 2

Recomendável, a propósito. a leirura do art. 2 6 da Lei Federal nº 8.625/1 993, que indica os poderes do órgão do Ministério Público cometidos para o exercício de suas funções constitucionais:

"An. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: 1 - 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 comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar infonuações, 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; li - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie; 111 - 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, obse-rvado o disposto no an. 129, inciso Vlll, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los; 12. "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 coneluido 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 jfi tivesse sido ajuizada a demanda e concedida liminar com mandado inibitório, pois ao menos teria direito objetivo ao ressarcimento (CPC, an. 8 1 1)". (DI .\MARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. São Paulo: Saraiva.

2001 , p. 240-241). É bom lembrar que o exercicio 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 ele responsabilidade cívil do promotor (ou do Estado) perante o investigado ou réu, por se tratar de exercicio regular de direito. salvo se houver má-fé (inclusive abuso de poder e fraude) ou violação de dever legal." (DI AMARCO, Pedro da Silva, Responsabilidade civil do promoror dejusriça 110 inquériro civil, p. 259). É bom lembrar, ainda, q.1e 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).



INQUÊRITO CIVIL

V - praticar atos administrativos executórias, 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;

Vlll - 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.

§ l º 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.

§ 3° 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.

§ 4° A falta ao trabalho, em virtude de atendimento à notificação ou requisição, na fonna do inciso 1 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.

§ 5° 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".

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 M P. Há duas conentes.

A primeira nega a possibilidade, uma vez que o inquérito civil está previsto na legislação 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 este seria possível em todas as atribuições afetas ao Ministério Público. Segundo Hugo Nigro Mazzilli: "Essa última solução é preferível, em deconência do sucessivo alargamento do objeto do inquérito civil, trazido pela própria CF (art. 1 29, II I), pelo CDC (art. 90), e pelas leis federais

de organização do Ministério Público (LOMPE, art. 26, I; LOMPU, rui. 6, VII, c e 38, l)".13

13. MAZZILL!, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder inves1iga1ório do lv!i11is1ério Público, op. cit.

É o que acontece, por exemplo, com a abertura de inquérito civil para a apura

ção de eventuais lesões a direito individual, como oc01re com os direitos relativos à infância e adolescência (art. 201 , V) ou outros direitos individuais indisponíveis (a1t. 25, IV, a, LF 8.625/93 e art. 6º, Vil, "c" e "d", LC 75/93).

Concordamos com a corrente mais permissiva: é possível a instauração do 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 1 7 de setembro de 2007, que não menciona ações coletivas, mas, sim, ações a cargo do Ministério Público:

"Art. 1° 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 aplicável, servil1do como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais. Parágrafo único.

O inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria".

Finalmente, é possível identificar três fases do procedimento do inquérito civil: 14 a) instauração, b) produção das provas; c) conclusão: arquivamento do inquérito, celebração do compromisso de ajustamento de conduta ou ajuizamento da ação coletiva.

2. 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, pois o seu objetivo não é a aplicação de sanção ao investigado. No entanto, Nelson Ne1y Jr. vê uma hipótese de incidência do princípio do contraditório:

"Pode-se pensar, no entanto, na expressão 'acusados em geral', constante do texto constitucional (CF 5° 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.15 Quando 14. LEONEL, Ricardo de Barros, Manual do processo coletivo, p. 3 1 7; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente, p. 1 1 2.

15. 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. 766179) 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, 238

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 propositadamente, 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".16

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".17

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 e existe interesse público em preservá-las, o Ministério Público deverá zelar por esse interesse também 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, e isso pode ser visto com a difusão da idéia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (aplicáveis no âmbito das relações jurídicas privadas), 18 na consolidação da garantia do contraditório no âmbito administrativo com a Constituição Federal de 1 988 e, ainda, com o crescente posicionamento doutrinário em favor do direito de defesa no inquérito policial.19

em si, já demonstra haver concluído o Ministério Público sobre a efetiva ocorrência de iHcito, podendo acarretar, de imediato, ao loteador, conseqüências jurídicas como a suspensão de pagamento pelos adquirentes dos lotes da parcelas restantes do preço de aquisição. Estabelece-se, assim, efetivo conflito de interesses, devendo ser aplicados, então, os princípios da ampla defesa e cio contraditório". (PROENÇA, Luis Roberto. Inquérito civil. São Paulo: RT, 200 1 , p. 36) 1 6. NERY J R., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7'. ecl. São Paulo: RT, 1 4 1 .

1 7 . Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7" ed. São Paulo: RT, 1 4 1 .

1 8. Belo exemplo é o art. 5 7 cio Código Civil: "A exclusão cio associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que

assegure direito de defesa e ele recurso, nos termos previstos no estatuto". Sobre o tema, conferir o importante trabalho de DANTAS, M iguel Calmon."Direito fundamental à processualização". Constituição e processo. Freclie Didier Jr., Luiz Manoel Gomes Jr. e Luiz Rodrigues Wambier (coord.). Salvador: Editora JUS PODTVM, 2007, p. 367-436.

19. A propósito, apenas para exemplificar, SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: RT, 2004, p. 1 98-372; LOPES Jr., Aury. Introdução critica ao Processo Penal (fimda111entos da instrwnenralidade garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 240-245.



FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

O contraditório no inquérito civil existe, embora em seu aspecto mínimo: o direito de ser informado (direito à infonnação)20 e o de participação do sujeito ativo em detenninados atos. Obviamente, o direito de reação plena (poder de influenciar a convicção daquele que proferirá uma decisão), será exercido

plenamente no processo jurisdicional coletivo. Garante-se ao investigado, por exemplo, ser acompanhado por advogado.

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 j ustificasse".21

Arremata o professor gaúcho, delimitando o que considera o conteúdo mínimo do contraditório no inquérito policial, que pode ser adaptado, tranqüilamente, ao inquérito civil (citam-se apenas os aspectos aplicáveis ao processo civil):

"a) comunicaçcio 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 tenlia condições econômicas para constituir.

(. . .)

c) duração do segredo i111emo: o segredo interno deverá durar um tempo prudencial, necessário para a prática de detem1inado(s) ato(s) cujo conhecimento prévio por parte do sujeito passivo compromete1ia a eficácia da investigação (. . .) De qualquer modo, deverá ser extinto, dando luga1 à publicidade interna, com suficiente antelação ao encerramento da investigação preliminar, para permitir ao sujeito passivo solicitar diligências e aportar elementos de convicção em seu beneficio.

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". 22

20. Em sentido bem próximo, RODRIGUES. Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio a111bie111e, p. 99-1 00.

2 1 . LOPES Jr., Aury. Sistemas de investigação preliminar 110 processo penal. 4• ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 293-294.

22. LOPES Jr., Aury. Sistemas de i11l'estigaçào preliminar 110 processo penal, cit., p. 294.

INQUÉRITO CIVIL

O contraditório no inquérito civil prestigia, corno se vê, a economia processual, permitindo que, durante a fase de instrução do processo jurisdicional coletivo, não sejam repetidas provas anteriormente produzidas administrativamente, em contraditório.

Veja, a propósito, o que consta no CBPC-IBDP, art. 2 l , § 3°: "§ 3° A eficácia probante, em juízo, das peças informativas do inquérito civil dependerá da participação do investigado, em sua colheita, ressalvadas as perícias, que poderão ser submetidas a contraditório posterior".

M uito interessante é o posicionamento de Daniel Assumpção Neves, que defende uma aproximação entre o inquérito civil e as ações probatórias autônomas Uustificação, produção antecipada de prova etc.), embora reconheça a diferença de natureza entre as figuras (o primeiro, procedimento administrativo; as últimas, processo jurisdicional). Trata-se de 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). E arremata:

"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 i mportantes 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 cio investigado, maior credibilidade a prova terá diante do juiz da ação civil pública, aumentando assim sua carga probatória no convencimento do magistrado".23

É preciso lembrar, ainda, que o contraditório garante a participação no procedimento. Sucede que a patiicipação no procedimento não se restringe ao M inistério 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 proficuo, certamente, será o inquérito civil.24

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 23. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis", cit., p. 244.

24. Amplamente, RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente, p. 97-102

de investigação preliminar. Assim, a conseqüência seria a da extinção, sem exame do mérito, do processo jurisdicional coletivo, por ausência de requisito processual de validade (art. 267, IV, CPC).25

3. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Quanto ao princípio da publicidade, o regime é outro. A mitigação aqui é um tanto menor. O i nquérito civil é inquisitivo, mas não é secreto.26

"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". 27

Como a vista dos autos é, muita vez, proibida, afirma-se aqui a mitigação do princípio da publicidade.

H ugo Nigro Mazzili entende que o inquérito civil sujeita-se ao princípio da publicidade, salvo se: "a) o M i nisté1io 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".28 Também deve ser mitigada a publicidade, quando puder causar dano significativo à imagem do investigado.29

O CNMP editou a Res. nº 23/2007, disciplinando o inquérito civil e a publicidade nos procedimentos investigatórios do M P. Assim ficou definida a matéria:

"Art. 7° Aplica-se ao inquérito civil o princípio ela publicidade cios 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.

§ 1 ºNos requerimentos que objetivam a obtenção de certidões ou extração de cópia de documentos constantes nos autos sobre o inquérito civiJ, os interessados deverão fazer consta esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido, nos termos da Lei nº 9.05 1/95.

§ 2º A publicidade consistirá:

1 - na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público mediante publicação de extratos na imprensa oficial;

li - na divulgação em meios cioeméticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão;

25. TUCCI, Rogério Lauria. "Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Mioistério Público".

Revis/a dos Tribunais. São Paulo: RT, 1997, uº 745, p. 83-84.

26. PROENÇA, Luis Roberto, lnq11éri10 civil, p. 39.

27. PROENÇA, Luis Roberto, lnq11éri10 cil'i/, p. 39.

28. MAZZILJ, Hugo Nigro. A defesa dos ill'eresses difusos em juízo, 15ª ed., cit., p. 339.

29. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis", cit., p. 224.

INQUERITO CIVIL

J 11 - 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;

V - 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.

§ 3° As despesas decorrentes da extração de cópias correrão por conta de quem as requereu.

§ 4° A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fil1S do interesse público, e poderá ser, confom1e o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou.

§ 5° Os documentos resguardados por sigilo legal deverão ser autuados em apenso.

Art. 8° 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 i mprensa sobre as providências adotadas pelo membro do M P. Note que existe um estímulo a publicização dos procedimentos, como já era defendido por este Curso. A regra, nos Estados Democráticos, é a publicidade, o segredo, a exceção.

Existe ainda regra nova, alterada pela Resolução n. 59 do CNM P, que determina a seguinte redação para o art. 6°, § 1 O da Resolução n. 23: "Todos os oficios 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 detem1ina que os atos de instauração dos procedimentos administrativos do M P sejam divulgados juntamente com os oficios 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.30 A Lei 1 2.527/20 1 1 , Lei Geral do Acesso às Informações, que regula o acesso às informações previsto no art. 5°, inc. xxxm, no art. 37, § 3º, inciso II e no a1t. 2 1 6, § 2º, da CF/88, 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, 30. MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, 1 5" ed., p. 339.

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.

4° 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.

4. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCEDIMENTO

O procedimento investigatório preliminar para o ajuizamento de ação coletiva deve obedecer ao direito fundamental à duração razoável (ait. 5°, LXXVIII, CF/88).

Isso porque o procedimento pode atTastar-se por longo tempo, deixando em sih1ação 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.

5. C NSTAU RAÇÃO

A instauração do inquérito costumava ser por portaria ou por despacho exarado no requerimento, ofício ou representação que tenha sido endereçada ao Ministério Público31• Contudo a Resolução nº 23 do CNMP restringiu o ato de instauração à portaria (att. 4º). 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, transmjtindo decisões de efeito interno, quer com relação ao andamento das atividades que lbes são afetas, quer com relação à vida funcional de servidores, ou, até mesmo, por via delas, abrem-se inquéritos, sindicâncias, processos admjnistrativos. 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 apreciaâo"32. A fixação do ato como portaria é relevante para fim de garantir sua publicidade aos órgãos da administração superior do MP e também 3 1 . LEO EL, Ricardo de Barros, Manual do processo coletivo, p. 3 1 5.

32. BANDEIRA DE MELLO, Curso de direito ad111i11is1rativo, p. 403-404



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 órgão do M P (art. 9º, § 4° 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.33

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.34

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?

Como já visto no capítulo sobre competência, 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 cios direitos políticos, exatamente as mesmas conseqüências de uma eventual condenação por crime de responsabilidade (infração político-administrativa), que, no caso, tem rito específico previsto na Lei de Crime ele Responsabilidade (Lei nº l .079/50).

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 aj uizamento 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. Admite-se, inclusive, o ajuizamento de reclamação por usurpação de competência: 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.

33. RODRJGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente, p. 104-106.

34. RODRJGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente, p. 1 1 3.

fREDIE DIDIER JR. l! HERMES ZANETI JR.

Confonne visto no v. 3 deste curso, 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".35

A Resolução n. 59 do CNMP, que alterou o disposto na Resolução n. 23, expressamente reconheceu a incidência das nom1as referentes aos atos do M P de primeiro grau perante as autoridades no inquérito civil ou procedimento preparatório. Assim, para remeter oficio, expedir requtsição, 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 de Justiça o comunicante, não cabendo a valoração do contido no expediente: Art. 6°. (...) § 8°. 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, § 4°, da Lei Complementar nº 75/93, no artigo 26, § 1 º, da Lei nº 8.625/93 e, no que couber, no disposto na legislação estadual, devendo serem encaminhadas no prazo de dez (1 O) 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.

6. I N Q U É RITO C I V I L E COM P ROMISSO DE AJUSTA M E NTO D E CONDUTA

Conforme apontado linhas atrás, o inquérito civil pode resultar na celebração de um compromisso de ajustamento de conduta (também examinado no capítulo sobre os aspectos gerais da tutela coletiva, quando examinada a possibilidade de conciliação).

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 siruações distintas: o compromisso poderá ser parcial, 35. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação co11S1it11cio11al 110 direito brasileiro. Porto Alegre: Sergio Amooio Fabris Editor. 2000. p. 459.

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 cio Ministério Público para apreciação ele eventual ocorrência de ' arquivamento implícito'."36

Obtempera, porém, 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".37

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 tem 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.

7. ARQUIVAMENTO

Além da celebração de um compromisso de ajustamento de conduta, o inquérito civil pode redundar na propositura da ação coletiva e, ainda, no seu arquivamento.

O arquivamento do inquérito civil é ato submetido ao controle do Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º, § 1 °, Lei Federal n 7.347/85). Segundo consta da súmula 1 9 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, quando o inquérito versar sobre a lesão a direito individual indisponível (de crian

ça, p. ex.), não há necessidade de o órgão ministerial submeter a sua decisão ao órgão superior (embora Hugo Nigro Mazzilli discorde deste posicionamento).

Também se submete ao controle do Conselho Superior o arquivamento das peças de i1?formação: "quando há indeferimento de representação ou requerimento de instauração de inquérito civil amparado em documentos de qualquer natureza,

36. PROENÇA, Luis Roberto, Inquérito civil, cit., p. 138.

37. RODR.IGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de co11d11ta. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 220.

isto implica arquivamento de peças informativas, a ser homologado pelo órgão colegiado.38 (art. 9º, Lei Federal nº 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 M inistério Público incorrer em falta grave (§ 1 ° do art. 9º da Lei Federal nº 7.347/1 985).

Nada impede que o autor da representação39 ou um colegitimado40 à propositura da ação coletiva, exercendo seu direito de petição, apresente um arrazoado ao ConseU10 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 § 4° do art. 9° da Lei Federal nº 7.347/ 1 985.

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 MP para o ajuizamento da ação. Isto porque a Lei 8.625/93 (LOMPE - Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados) alterou o dispositivo do art. 9º, § 4° da LACP, cabendo agora ao chefe administrativo da institu ição a designação do 110\ 0 órgão:

"An. 1 O. Compete ao Procurador Geral de Justiça: lX - designar membros do Ministério Público para: d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não-confirmação de arqui,,amento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de in formação" (Lei 8.625/93).'1

38. LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, cil., p. 3 3 1 .

39. LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, cil., p. 3 3 1 .

40. § 2 ° d o art. 9° d a Lei Federal n º 7.34711 985: "Até que, em sessão d o Conselho Superior d o Ministério Público, seja homologada ou rejeitad:i a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresemar razões escritas ou documentos. que serJo juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação".

4 1 . Vale observar que no âmbito do Ministério Público Federal outro é o regime, sendo atribuídas as tarefas não ao seu Conselho Superior, mas às Câmnras de Coordenação e Revisão. É importante observar que, no caso do Ministério Público cio Trabalho, cabe ao Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho a função, como prescreve a Lei Complementar 75/93 (LOMPU - 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 fundamemo para a proposimra de ACP é que o órgão do MPT está obrigado a remeter os autos ou as peças de infonnativas ao

CSMPT, mediante relatório fundamentado. A razão ontológica desse procedimento, segundo nos parece, repousa na segurança conferida ao órgão, que fique imune as pressões externas, e a toda a sociedade, por possibilitar um maior controle dos atos praticados pelos órgãos estatais. Caso haja arqu·vamento do IC em função de ajuizamento de ACP ou celebração de termo ele compromisso de ajuste de conduta, não há previsão legal de remessa ao CSMPT, mesmo porque, nesses casos, há de ser observado o princípio da independência funcional do órgão que promoveu o arquivamento." (Ministério Público do Trabalho. 3' ed. LTr: São Paulo, 2006. p. 287).

248

INQUÉRITO CIVIL

Conforme a lição da doutrina abalizada: "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. 1 27, § l º, da CF. Embora o art. 9º, § 4°, 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. 1 O, IX, d, da LON M P, 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 M P 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 Administrnção 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 pa1tiu a decisão), e não do procurador-geral (incumbido apenas da designação)."42

Todo arquivamento deve ser expresso e fundamentado (art. 9º, caput,fine, da Lei Federal nº 7.347/1 985). 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 condão 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 N igro Mazzili h·az outras duas possibilidades de ocoITência de arquivamento implícito:

"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 ocorre 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 42. Motauri Ciocchetti de Souza. Ação Civil Pública e Inquérito Civil. 2' ed São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1 1 8.



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".43

A matéria veio regulada extensamente na Res. n. 23, que, como expressa o art. 130-A, § 2°, 1, da CF/88, tem força normativa para os Ministérios Públicos

Estaduais e da União.

"Art. 1 0. 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.

§ l º 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 Públ ico, quando não localizados os que devem ser cientificados.

§ 2° A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do órgão de revisão competente, na forma do seu Regimento ln terno.

§ 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 promo

ção de arquivamento, poderão as pessoas co-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: 1 - converterá o julgamento em diligência para a realização de atos imprescindíveis à sua decisão, especificando-os e remetendo ao órgão competente para designar o membro do Ministério Público que irá atuar;

lT - 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 outTo membro do Ministério Público para atuação.

§ 5º Será pública a sessão do órgão revisor, salvo no caso de haver sido decretado o sigilo.

Art. 1 1 . 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.

(...)

43. MAZZlLLl, Hugo Nigro. "Pontos controvertidos sobre o Inquérito civil". Ação civil pública: 15 anos.

Edis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 293-294.

INQUERJTO CIVIL

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, I I, 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 fonnalidades 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 CNM P :

"Art. 5° Em caso de evidência de que os fatos narrados na representação não configurem lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1 º 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.

§ 1 º Do indeferimento caberá recurso administrativo, com as respectivas razões, no prazo de dez dias.

§ 2° 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.

§ 3° Do recurso serão notificados os interessados para, querendo, oferecer contra

-razões.

§ 4° Expirado o prazo do artigo 5°, § 1 º, desta Resolução, os autos serão arquivados na própria origem, registrando-se no sistema respectivo, mesmo sem manifestação do representante.

§ 5° Na hipótese de atTibuição originária do Procurador-Geral, caberá pedido de reconsideração no prazo e na forma do parágrafo primeiro".

8. REABERTURA DO INQlJ ÉRlTO E REAPRECIAÇÃO D E P ROVAS

Como bem sistematizou Hugo Nigro Mazzili, há duas correntes sobre o terna da reabertura do inquérito e reapreciação das provas: a) só é possível reabrir o 251

inquérito civil com base em novas provas (em analogia com o art. 1 9 do CPP); b) é possível a reabertura, independentemente de obtençã.o de novas provas, pois não haveria previsão legal naquele primeiro sentido.44 A Lei Complementar do Ministério Público do Estado de São Paulo (734/93) adota, no art. 1 1 1 , 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 versn 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 eh: ser titul.ar privativo, o Ministério Público é apenas um legitimado concorrente e disjuntivo para a defesa de interesses transindividuais; b) nenhum dos colegitimados à ação civil pública ou coletiva está vinculado ao arquivamento do inquérito 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 Lransindividuais, 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 fom1a diferente, usando como pretexto o fato de ser ele um procedimento e não um processo)".45

Esse entendimento foi adotado pelo art. 1 2 da Res. n. 23 do CNMP:

"Art. 1 2. 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 coibidas. 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. 1 O, desta Resolução".

44. MAZZILLI, Hugo Nigro. "Pontos controvertidos sobre o Inquérito civil ,

"

cit., p. 300.

45. MAZZJLLI, Hugo Nigro. "Pontos controvertidos sobre o lnquérito civil", cit., p. 301.

INQUÉRITO CIVIL

9. O INQUÉRITO CIVIL E O CRIME DE FALSO TESTEMUNHO

Quanto à possibilidade de crime de falso testemunho, é fundamental o exame prévio do tipo penal previsto no art. 342 do CP, que foi recentemente alterado pela Lei Federal 1 0.268/2001 :46

"An. 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".

A redação antiga do dispositivo normativo cuidava do chamado "processo policial", que, segundo Nelson H ungria, "não é outra coisa senão o inquérito que incumbe à polícia judiciária . . . ".47 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 Federal nº 1 .579/ 1 952, 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, inclusive, recentemente, em 200 1 , 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,48 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 proce-

46. Eis a redação antiga: "Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral. . . "

47. HUNGRlA, Nelson. Co111e111ários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, v. 9, p. 477.

48. "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 evolu

ção. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1 998, p. 85).

demais

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

dimento 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, li da Lei 10.261/68), o inquérito produzido pela Comissão Parlamentar de Inquérito e o inquérito civil, presidido pelo Ministério Público".49

1 0. RECOMEN DAÇÕES

As recomendações, ou notificações recomendatórias, são potentes instrnmentos colocados a serviço das funções institucionais do Ministério Público. Podem ser dirigidas a pessoas fisicas, jurídicas, públicas ou privadas, dando ensejo a responsabilização por seu descumprimento, nos lermos da legislação. Sua eficácia é admonitória, tuna 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 i lícitos que poderão gerar a responsabilização. Sua finalidade é a melhoria de serviços públicos e de relevância pública (função de ombudsman50), bem como da tutela dos

interesses e direitos cuja defesa é atribuída ao

Ministério Público. 51

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.

49. NUCCl, Guilherme. Código Pe11al come111ado, 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 941.

50. Sobre a figura do 0111buds111a11, conferir art. 127 caput ele nrt. 129, li da CF/88. Na doutrina: GARCIA, Emerson. Mi11istério Príblico: Organ.zaçào, Atribuições e Regime Jurídico. 2ª ed. Rfo de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 390-392

5 1 . Na lei, cf. an. 6°, XX, da Lei Complementar 75/93 (LOMPU) e art. 27, IV, parágrafo único da Lei 8.625/93

(LOMPE). Também é caso de rccon11.ndação o previsto·no art. 26, VII da LOMPE: "sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação cm 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 mierossistema do MP, por força do disposto oo 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. 3 1 3; GARCIA, Emerson. Ministério Público: Organização, Atribui

ções e Regime Jurídico, 2" ed, cil., p. 382-383; MAZZILLL, Hugo Nigro. O 111q11érito Civil. São Paulo: Saraiva, 1 999. p. 334-338.

INQUÉRITO CIVIL

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. l l da Lei nº 8.429/ 1 992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente em adotá-lo, o dolo restará inequivocamente demonstrado."52

Não obstante, as recomendações só devem ser manejadas quando ainda não

houver conseqüências 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 MP 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 (a1t. 1 5, par. ún.): "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 espécie53, 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 executoriedade 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 ... E m relação a medida judicial a recomendação representa todas as vantagens inerentes a uma solução extrajudicial de conflito: pouco custo, rapidez e eficácia".54

Em detalhado artigo, de leitura obrigatória, M arcos Paulo de Souza Miranda, enfrenta os principais problemas l igados ao instituto, em especial cumpre destacar o rol de efeitos e as consequências da recomendação apontados 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 52. GARCIA, Emerson. Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico, 2° ed., cit., p. 383.

53. M IRANDA, Marcos Paulo de Souza. A Recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. ln: Cristiano Chaves; Leonardo Barreto Moreira Alves; Nelson Rosenvald.

Temas aluais do Ministério Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 382.

54. RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática, p.

90.

255

FREDIE ÜIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

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 i mprobidade administrativa quando tal elemento subjetivo for exigido (art. 1 1 da Lei nº 8.429/ 1 992, v.g.); 5) impelir, estimular, embasar ou apoiar 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 oi tiva do ente público que figura no pólo passivo para a análise de eventual concessão de liminar (exigência do art. 2º da Lei nº 8.437/92)".55

Portanto, "o cumprimento da recomendação pelo destinatário não é obrigatório, por se tratar de ato administrativo sem caráter automático de coercibilidade e sancionabilidade".56 Porém, fica claro que são várias as consequências jurídica da sua realização.

1 1 . AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A audiência pública é imponante instrumento de democratização dos procedimentos administrativos, bem como de participação popular na tomada de decisões pelos órgãos públicos em geral.

Muito embora não se limite ao M inistério Público, a LOMPE prevê expressamente a sua realização para o exercício da defesa dos direitos assegurados na Constituição Federal e Estadual (art. 27, parágrafo único, IV da Lei 8.625/93). Sua finalidade 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, 55. M lRANDA, Marcos Paulo de Souza. A Recomendação

ministerial como instrumento extrajudicial de soluçâo de co1iflitos ambientais, p. 390.

56. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A Recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. p. 399.

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 MP amnenta com a aceitação desse procedimento: "por meio de audiências públicas, o Ministério Público não se submete a uma assembléia popular, nem nelas se votam opções ou linhas de ação para a instituição, e sim por meio delas intenta o Ministério Público obter informações, depoimentos e opiniões, sugestões, críticas e propostas, para haurir com mais legitimidade o fundamento de sua ação institucional."57

Assim, é j ustamente importante notar seu papel na formação da convicção do Ministério Público nos casos complexos e de alta J itigiosidade interna, como asseverou a doutrina:

"Nos casos mais complexos, em que qualquer iniciativa a cargo do Ministério Público já se anteveja confrontada, ao mesmo tempo, por ponderáveis vantagens e sérias desvantagens, que serão suportadas por urna parcela expressiva da população, a audiência pública poderá ser cogitada. Assim, por exemplo, para uma cidade que baseie sua economia em torno de uma ou outra fábrica que polua o meio ambiente, a decisão de ajuizar uma ação civil pública que vise o fechamento da fabrica tem que ser tomada após cuidadoso exame das alternativas acaso existentes. Em situações corno essas, está evidenciada a especial conflituosidade característica da defesa de interesses rnetaindividuais; ora, do exame concreto da questão, a comunidade local tem todo o direito e interesse de participar, com grande proveito, sem dúvida, para a solução do problema que a todos interessa."58

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 eventual 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 57. MAZZILLI, Hugo Nigro. O Inquérito Civil, cit., p. 327. Na doutrina, ver ainda: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ministério Público do Trabalho, 3.ed., cit., p. 3 1 3 ; MAZZíLLl, Hugo Nigro. O Inquérito Civil, cit., p. 3 1 1 -3 1 3; DECOMAíN, Pedro Robe1to. Co111e111ários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Florianópolis: Obra Jurídica, 1 996, p. 233-234.

58. MAZZILLJ, Hugo Nigro. O Inquérito Civil, cit., p. 328.

N

presenças, com firma dos representantes dos órgãos, entidades e pessoas que a elas compareceram.

A publicidade da data e local de realizaçã.o 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, oficias, reclames radiofônicos entre outros meios de divulgação, são aceitos e permitidos para tingir essa finalidade.

1 2. CADASTRO NACIONAL DAS AÇÕES COLETIVAS, INQUÉRITOS

C IVIS E TERMOS DE AJUSTAMENTO D E CONDUTA

O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público aprovaram resolução conjunta 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 e poderá trazer bons frutos para a tutela coletiva em geral, quer no que respeita a efetividade dos provimentos e difusão das decisões, quer no que toca as exceções de litispendência e coisa j ulgada, 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 fw1damentais coletivos. Oxalá essa iniciativa permita ainda a superação do malsinado limite territorial da coisa julgada, imposto pelo ait. 1 6 da LACP, na medjda em que o acompanhamento nacional das demandas permita visualizar a indivisibilidade molecular desses direitos e a eficácia erga omnes e ultra parres das decisões conforme as dimensões do ilícito.

Transcrevemos a Resolução Conjunta n. 2, para conhecimento dos leitores.

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 2, DE 2011

Institui os cadastros nacionais tle informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, e da outras providências.

OS PRESIDENTES DO CO SELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO MINIS

TÉRIO P ÚBLICO, no exercício de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, nos termos do § 4.3 do artigo 1 03-B e

do §2. do artigo 1 30-A, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO os papéis de coordenação, uniformização e harmonização dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público qua1Jto as políticas que envolvem demandas coletivas;

INQUÉRITO CIVIL

CONSIDERANDO a necessidade da criação de instrumentos que auxiliem e simplifiquem a atividade de administração da Justiça, possibilitando tomar o processo mais célere e efetivo;

CONSJDERANDO a importância das ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta para a efetivação de direitos coletivos e difusos, e a necessidade de otimização do processamento e solução das demandas de massa;

.

CONSIDERANDO que a Administração Pública rege-se pelos princípios da publicidade e da eficiência;

CONSIDERANDO o uso crescente dos meios eletrônicos possibilitados pelo aporte de tecnologia da in formação e comunicação;

CONSIDERANDO a necessidade de instituir o Sistema Integrado de Informações de Processos Coletivos, Inquéritos Civis e Termos de Ajustamento de Conduta, em atendimento aos princípios que regem a Administração Pública e os direitos e garantias fundamentais;

CONSIDERANDO a importância do intercâmbio de informações dos Ministérios Públicos e do Poder Judiciário, bem como ampliação das informações disponíveis para a sociedade e para os órgãos de proteção e defesa do consumidor a respeito das ações civis públicas, de modo a fomentar o exercício da cidadania; CONSIDERANDO a importância de estimular a ação integrada e a cooperação entre os ramos do Ministério Público e o Poder Judiciário quanto as informações relativas aos Inquéritos Civis, Processos Coletivos e Termos de Ajustamento de Conduta, RESOLVEM:

Art. 1 .0 Instituir os cadastros nacionais de informações sobre ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta, a serem operacionalizados pelos Conselhos Nacionais de Justiça e do

Ministério Público.

§ 1. º As informações referentes a inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta serão colhidas e organizadas em sistema a ser desenvolvido pelo Conselho Nacional do Ministério Público; as referentes a ações coletivas, em sistema a ser desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 2. 0 Os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Públ.ico compartilharão entre si os dados dos cadastros que administrarem, assim como viabilizarão a consulta simultânea dos dados em páginas a serem disponibilizadas a todos os cidadãos na rede mundial de computadores.

Art. 2. º Ficam instituídos, no âmbito de cada um dos gestores dos cadastros de que trata o artigo 1°, coordenados por um Conselho do respectivo órgão.

§ 1 . º A composição de cada um dos comitês será estabelecida por ato do Presidente do respectivo

Conselho.

§ 2. º Os comitês deverão atuar de forma coordenada a fim de assegurar a interoperabi !idade dos sistemas e consistência das informações, assim como a concretização das consultas referidas no art. 1 º, § 2. º desta Resolução.

fREDLE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Art. 3 ° A coleta dos dados dos segmentos do Poder Judiciário e dos ramos do Ministério Público da União e dos Estados deverá ser automatizada a partir de seus sistemas próprios de controle e acompanhamento de tramitação processual.

§ 1 . º As informações serão fornecidas com base nas Tabelas Unificadas do Poder Judiciário e do Ministério Público, devendo contemplar, pelo menos, o

seguinte: 1 - em relação as ações colenvas: número do processo, órgão de OFigem, classes, assuntos, partes, data da propositura e movimentos, notadamente os de concessão ou denegação de tutela de urgência e julgamentos;

l i - em relação aos inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta: número do procedimento, órgão de origem, assuntos, partes, datas de instauração e de arquivamento de inquérito ou de assinatura dos termos de ajustamento de conduta.

§ 2. º Os comitês previstos no artigo 2. º estabelecerão os critérios de classificação das informações e os modelos de relatórios de saída, contemplando as consultas analíticas e as gerenciais, assim como poderão especificar e ampliar as informações tratadas no parágrafo anterior.

Art. 4° 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.

Art. 5. º Os cadastros deverão ser implantados até 3 1 de dezembro de 201 l .

CAPÍTULO VIII

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Sumário • 1 . Assistência nas causas que versem sobre direitos difüsos e coletivos striclo sensu- 2. Assistência nas causas que versem sobre direitos individuais homogêneos - 3. Intervenção de amicus curiae em ações coletivas -

4. Assistência na ação popular - 5. Intervenção do colegitirnado em ação coletiva (litisconsórcio ulterior unitúrio ativo) -6. Intervenção da pessoa jurídica

interessada na ação popular e na ação de improbidade administrativa- 7.

Denunciação da lide: 7 . 1 . O problema do inciso llJ do art. 70 do CPC-7.2. A questão na ação civil pública - 7.3. A denunciação da lide e o chamamento ao processo nas causas coletivas de consumo - 8. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (lato sensu) como assistente simples em processo individual.

1 . ASSISTÊNCIA NAS CAUSAS Q U E VERSEM SOBRE DIREITOS DI

FUSOS E COLETIVOS STRICTO SENSU

O problema há de ser investigado em duas frentes, todas elas relacionadas à assistência no pólo onde se afirme uma situação jurídica coletiva: a) saber se é possível a intervenção do particular; b) saber se é possível a intervenção de um colegitimado. Não há peculiaridades em relação à assistência no pólo onde se afirme uma situação jurídica individual.

Não pode o particular intervir como assistente nas causas coletivas. 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 jamais poderia prejudicar-lhe: a coisa julgada coletiva só é transportada para a esfera particular in utilibus. Antônio Gidi assim se manifestou - e com ele concordamos:

" ... a ser admitida a intervenção assistencial de particulares nas ações coletivas, estar-se-ia negando a própria razão de ser das ações coletivas no direito brasileiro.

Enfim, tanto razões de caráter dogmático como de caráter pragmático convergem para a vedação à possibilidade de um particular intervir numa ação coletiva.

O primeiro argumento a ser levantado é de ordem pragmática. Ao feito poderiam acorrer tanto particulares como assistentes que inviabilizaria completamente a condução regular do processo, comprometendo o pleno exercício da jurisdição, da ação e da defesa. E é exatamente isso, entre outras coisas, que a ação coletiva visa evitar.

Outros argumentos, estes ele caráter dogmático, contrários à admissão da assistência por particulares em ação coletiva podem ser elencados. Por exemplo:

a) se o indivíduo não tem legitimidade ad causam para propor, não a terá para intervir em ação coletiva; b) o interessado não teria interesse processual para intervir; c) não há relação do interessado com a pessoa a quem assiste etc." 1

1 . Coisa julgada e lilispendéncia em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 54-55. Também assim, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado ... , ob. cit., p. 1533.



A situação muda de figura, entTetanto, quando se analisa a possibilidade de intervenção de um colegitimado à propositura da ação coletiva; este, legitimado que é à própria propositura da demanda, por conseqüência lógica 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 autor, recebendo o processo no estado em que se encontra, mas com os mesmos poderes deste.2·3

O art. 3°, §5º, da Lei Federal nº 7.853/1989,4 que regula a ação civil pública para a tutela dos direitos relativos às pessoas portadoras de deficiência, e o § 2° do art. 5° da Lei Federal nº 7.347/ 1 985,5 são dispositivos expressos que autorizam o litisconsórcio unitário ulterior jácultativo, que nada mais é do que a assistência litisconsorcial.

Essa possibilidade de intervenção também pode ser vislumbrada do enunciado que autoriza o colegitimado a prosseguir a causa, assumindo a titularidade ativa, em caso de desistência infundada ou abandono da ação pela entidade legitimada que a interpusera (art. 5°, §3°, Lei Federal nº 7.347/ 1 985).

Chega-se, assim, a uma conclusão i nteressante: é possível que o assistente litisconsorcial em causas coletivas comporte-se contrariamente aos interesses do assistido. Se se demonstrar que o assistido - outro colegitimado que é -, não está Calmon de Passos entende de outra forma, admitindo a intervenção do substituído em mandado de segurança coletivo (Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data - constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 72). Discordamos, em parte, do mestre. Se o mandado de segurança coletivo versar sobre direitos individuais homogêneos, a intervenção do substituído, embora por razões práticas bouvesse de não ser admitida, dogmaticamente, à luz do art. 94, CDC, aqui aplicado analogicamente, é possível; se o mandado de segurança coletivo versar sobre direitos coletivos ou difusos, a situação muda de figura, pois estaríamos diante de uma ação coletiva em sentido estrito, ou, como se costumou denominar, ação que versa sobre direito essencialmente coletivo. Nesta segunda hipótese, vigem os argumentos lançados no tcxlo. Sobre a diversidade do objeto do mandado de segurança coletivo (direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos), conferir, com

ampla discussão a respeito, ZANETI Jr., Hermes. Mandado de segurança coletivo: aspec1os processuais co111roversos.

Porto Alegre: Sérgio Antônio fabris Editor, 200 1 , p. 55-82).

2. Sobre a circunstãncia de a intervenção de um colegitim�do à propositura da ação ser na qualidade de assistente litisconsorcial: ALBERTON, Genacéia da Silva. Assistência Litisco11sorcial, p. 65-66; SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Direito Processual Civil, 5' ed. São Paulo: RT, 2001, p. 282; ALVIM, Tbereza. Direito Processual de estar em juizo, p. 231 e segs.

3. Também assim, GlDl, Antõnio. Cofaajulgada e litispendência em ações coletivas, cit., p. 55-56; MAN

CUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública, p. 2 1 1 ;

Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código

de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 6ª ed., p. 1 570.

4. "fica facultado aos demais legitimados ativos habilitarem-se como litisconsortes nas ações propostas por qualquer deles".

5. "Fica facultado ao Poder Público e ,1 outras associações legitimadas nos tem1os deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes".

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. No item seguinte, abordar-se-á, com mais minúcia, a intervenção do colegitimado na causas coletivas.

Situação interessante, e que tem despertado a atenção dos estudiosos, é a da possibilidade de o cidadão-eleitor intervir nos casos em que as demandas coletivas propostas pelos entes coletivos (ai1. 5º da Lei Federal nº 7.347/ 1 985;

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.).

Com efeito, como a tutela dos direitos coletivos é atípica, ex vi do art. 83, CDC,6 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 l itispendência se ajuizadas simultaneamente, j á que a similitude do procedimento é irrelevante para a configmação 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, nesta condição, pode intervir no feito coletivo que tenha objeto semelhante. Entretanto, embora possa intervir, não pode propor demanda coletiva senão a ação popular, daí que, se o ente coletivo desistir do feito, não poderá nele prosseguir.7 Podendo intervir, está legitimado a recorrer - mas se a outra parte tiver desistido da causa, seu recurso não poderá ser processado.8

6. "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 atípicidade da tutela coletiva, a admitir todas as espécies de procedimento, WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anreprojeto. 5" ed. São Paulo: Forense Universitária, p. 742-747.

7. "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 n.º 7347/85 (arl. 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 transmudar-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).

8. Esta complexa problemática tende a ser superada com a nova disciplina das ações coletivas no caso de aprovação e promulgação dos Projetos de Código Processual para Direitos Coletivos. Caso sejam aprovadas as alterações propostas no microssistema a legitimidade será também do cidadão,

dissolvendo-se as antinomias apontadas. Confira-se, ao final, os anexos com as propostas legislativas. Confrontemos os dois dispositivos que tratam da matéria: "Art. 42 - Disposições aplicáveis - Aplicam-se à ação popular constitucional as disposições do Capíllllo ! deste Código e as da lei nº 4. 717, ele 29 de junho de 1965."

(CBPC-lBDP); "Art. 53 Disposições aplicáveis. Aplica-se à ação popular o disposto na lei 4717/65, bem como o previsto neste código, no que for compatívef'. (CBPC-UERJIUNESA). Devemos ressaltar, que aqui, como no rol do mandado de segurança coletivo, h i1 possibilidade de extensão dos legitimados para a ação popular constitucional, quer dizer, a vingar a disciplina do novo Código de Processos Coletivos (mais 263



FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

2. ASSISTÊNCIA NAS CAUSAS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS IN DIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

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, serj 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 dar-se-á na condição de assistente litisconsorcial, verdadeiro litisconso1ie ulterior; intervindo, o particular submete-se ao j ulgamento da causa.9 Como o objeto litigioso llie diz respeito, pelo menos em tese é a expressão coletiva de um feixe de direitos individuais que considera inclusive o diseito do indivíduo requerente, o paiiicular tem todo o interesse jurídico em intervir na demanda. Está-se diante de um caso típico de substituição processual, em que o ente legitimado defende, em nome próprio, direito alheio (com as reservas já anterionnente efetuadas de se tratar aqui de um direito individual: abstrata e genericamente considerado).

Sabe-se que o substituído está autorizado a ingressar no feito a título de assistente litisconsorcial do seu substituto, pois ingressa para discutir relação jurídica de que é titular. Precisa a lição de Thereza Alvim:

"Deve-se, agora, colocar a questão, da maneira a seguir. Em agindo o legitimado extraordinário, que não é concomitantemente legitimado ordinário, poderia o legitimado ordinário concorrente ingressar no processo como assistente litisconsorcial?

Ele, nesse passo, tem relação j urídica com a parte contrária àquele que deseja assistir, a qual será, inexoravelmente atingida pela coisa julgada material, pelo que a hipótese concreta se encarta na descrição da lei (art. 54, do Código de Processo Civil). Admite-se, pois, que o faça"."º

especificamente do Projeto IBDP que expressamente remete a disciplina geral dos processos coletivos na ação popular) teríamos também a legitimidade dos demais colegitirnados para ajuizar a ação popular.

Nada de absurdo, basta confrontarmos a nossa história de demandas coletivas e a experiência alienígena, em particular a disciplina da ação popular em Portugal, para perceber que tal ocorre c já ocorreu sem problemas maiores no nosso e em outros ordenamentos jurídicos. Reipublicae illleres/ quam p/11rima111

defe11da111 suam causam.

9. Ao intervir na causa, o particular submete-se ao que foi decidido, sendo atingido pela coisa julgada inler parles; assim, mesmo que haja improcedência do pedido, ele não mais poderá ingressar com a sua ação individual (GIDI, Antônio. Coisa julgada e /i1ispendência em ações colelivas, 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 seczmdum even111111 li1is. (art. 103, 111, CDC). É a exegese do art. 103, §2°, CDC: "Na hipótese prevista no inciso 11 l, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo corno litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual"

1 O. ALVIM, Thereza. O direito processuczl de estar em juízo. São Paulo: RT, 1 996. p. 236.



Aqui, apenas explicitou-se esse entendimento, com a circunstância positiva de providenciar-se a intimação dos substituídos, de modo a que tornem conhecimento da pendência da demanda.

Há ele 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 celeridade e a eficiência desse tipo ele mecanismo de tutela coletiva. 1 1 Como o particular não sofrerá os efeitos

daninhos de um j ulgamento pela improcedência cio pedido, pois a extensão da coisa julgada é secundum eventum litis, não se justifica essa possibilidade de intervenção, potencialmente capaz de gerar tumultos indesejáveis. Razoáveis, pois, as críticas de Antônio Gidi à opção normativa:

"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 e1ga omnes ou ultra partes nos casos de improcedência por insuficiência de provas".12

EntTetanto, legem habemus: a in.tervenção do particular, nestes casos, é permitida; intervindo, o indivíduo ingressa no processo como assistente litisconsorcial.

Nada obsta, porém, que se faça a sugestão para a mudança legislativa, no sentido de não se permitir a intervenção cio paiiicular - não permissão que é compensada com a não extensão dos efeitos da coisa julgada que lhe prejudicar.

Há proposta no sentido de transformar a intervenção do indivíduo, neste caso, em assistência simples: o indivíduo não poderia discutir o seu próprio interesse, mas poderia intervir para acompanhar a causa. Seria uma hipótese de legitimação extraordinária subordinada, pois o cidadão somente poderia intervir no processo coletivo, coadjuvando o legitimado extraordinário, não podendo propor a demanda (art. 2 1 , § 3° do CMI-A; art. 28, §5° do CBPC-IBDP; art. 34 do CBPC-UERJ/

UNESA). B asta transcrever a proposta da UERJ/UNESA que cuida da matéria em dispositivo autônomo: "Art. 34 Assistência: Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos poderão intervir no processo como assistentes, sendo-lhes vedado discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento".

1 1 . "Se ele [o consumidor] perceber que o processo coletivo está demasiadamente lento ou conduzido ele maneira contrária a seus interesses, poderá requerer a sua exclusão cio processo coletivo, fundamentadamente (CPC, art. 267, Vllf)." (GJD!, Antonio. Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas, p. 1 44; o texto entre colchetes é nosso).

1 2. GJDI, Antõnio. Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas, cit., p. 56. A favor ela intervenção, demonstrando a sua utilidade prática, VENTUR!, Elton. "Sobre a intervenção individual nas ações coletivas". Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. Freclie Didier Jr. e Teresa Arruela Alvim Wambier (coorcl.). São Paulo: RT, 2004, p. 256-262.

3. INTERVENÇÃO DE AMICUS CURJAE E M AÇÕES COLETIVAS

Malgrado seja discutível a natureza de intervenção de terceiro da participação processual do amicus curiae, convém, neste momento, examinar a sua participação em causas coletivas. No volume 1 deste Curso, o instituto do amicus curiae já foi examinado, exatamente no capítulo sobre as intervenções de terceiro.

Há 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. 3 1 da Lei Federal nº

6.385/1 976) e à proteção da concorrência (intervenção obrigatória do Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE, ait. 1 1 8 da Lei Feder�l n. 1 2 . 529/20 1 1).

Há uma tendência doutrinária13 e jurisprudencial,14 porém, de admitir-se a intervenção de amicus curiae em qualquer ação coletiva, desde que a causa tenha relevância (que, em se tratando de ação coletiva, está quase sempre in re ipsa), e o possível amicus curiae tenha condições de auxiliar o traball0 do magistrado, contribuindo com informações e an:ílises para o melhor julgamento da demanda. Seria uma intervenção atípica de amicus curiae, idéia que nos parece louvável, tendo em vista a finalidade da participação deste especial auxiliar do juízo: legitimar ainda mais a decisão do órgão jurisdicional, em um processo de evidente interesse público15.

Vale ainda aduzir a proposta de .ANTôNlO Grrn de um Código Modelo de Processo Coletivo (CM-GIDI), que traz uma disciplina integral da intervenção dos colegitimados em processos coletivos, possibilitando uma recomendável espécie de intervenção "amicus curiae " para qualquer membro do grupo:

"Artigo 6. Intervenção coletiva (vide arts. 2.2, 3.2, 1 0.2, 19 e 28.4).

6. Qualquer legitimado coletivo (vide art. 2) poderá intervir no processo coletivo em qualquer tempo e grau de jurisuição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo (vide art. 24.3).

6 . 1 . O legitimado coletivo também poderá intervir no processo coletivo como assistente da parte contrária ao grupo.

6.2. Os membros do grupo poderiio participar do processo coletivo como il? formantes, trazendo provas, informações e argumentos novos.

1 3. Nesse sentido Cassio Scarpinella Bueno trata da "imervençào atípica", ou seja, mesmo que não prevista decorre da filtragem constitucional do ordenamento jurídico como um todo. Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. A micus curiae no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 633-640.

14. Ver, por exemplo, a decisão proferida pelo juiz Zenildo Bodnar, publicada na Revista de Processo, RT, nº

108, p. 339-340.

15. Neste mesmo sentido, adotando e de;envolvendo ainda mais as ideias defendidas no texto, CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Klcber Ricardo. "'Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática".

Revista de Processo. São Paulo: RT, '.l.O 1 1 , v. 192, p. 35 e segs.

6.3. O interveniente será ressarcido das despesas e honorários, na medida proporcional à sua patiicipação e contribuição (vide art. 2 1)".16

4. ASSISTÊNCIA N A AÇÃO POPULAR

Prevê o §5º do art. 6º da Lei Federal nº 4. 7 J 7/1 965, que institui e regulamenta a ação popular constitucional: "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 a todos, 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 pólo ativo, e, além disso, multitudinário, fica permitido ao magistrado invocar a regra do parágrafo único do art. 46 do CPC,17 que permite a recusa do litisconsórcio ativo nessas situações, quando houver possibilidade de dificultar a rápida solução do litígio ou a formulação da defesa.18 Cabe ao magistrado, como visto, controlar a legitimidade ad causam coletiva, mesmo que, no caso, restrita à legitimidade para a intervenção.

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 Federal nº 4.7 1 7/1 965 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 pertinência subjetiva da ação, suficiente a permitir que a promova como litisconsorte do autor.

1 6. Sobre a intervenção do Amicus Curiae, instituto de origem norte-americana, e seu conceito afirmou-se:

"É o amicus curiae um auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio amicus curiae, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado." DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLI VEl.RA, Rafael. "Aspectos processuais da ADIN e da ADC". ln: Ações constitucionais. DIDIER JR, Fredie (org.). Salvador: Juspodivm, 2006, p. 393-40 1 .

17. "O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou diflcultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão."

1 8. Encontramos esta solução em RODRJGUES, Geisa."Da ação popular,..

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 litisconso1te 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. 6° da Lei Federal n 4. 7 1 7 /65).



FREDIE ÜIDIER JR. E HERi\1ES ZANETI JR.

Há autores, porém, que sustentam a multifacetária atuação do M P na ação popular, colocando, dentre elas, a possibilidade de ele litisconsorcia.r-se ao autor.

A propósito, tem-se a lição de José Afonso da Silva, para quem o Parquet "ora age como defensor da lei, ora como assistente, como autor ou como parte, como exeqüente, 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". 19

Essa conente se justifica na circunstância de o mesmo bem tutelado na ação popular poder ser tutelado em ação civil pública, sendo possível, até mesmo, cogitar-se de litispendência entre elas, não obstante a diversidade de procedimentos. Cumpre lembrar que o M inistério Público será sucessor processual do autor popular, que porventura desista/abandone a causa (art. 9° da Lei Federal nº

4.7 1 71 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.20

Não se pode olvidar, no estudo das demandas coletivas, a própria razão de ser da sua existência - como bem alertou Antônio Gidi, em exce1to reproduzido linhas atrás. Permitir-se, sem qualquer controle, a intervenção dos cidadãos, seria dar ensanchas à inviabilização desta garantia constitucional.

Resta examinar o cabimento da assistência no pólo passivo. Entendemos que, no particular, vigem as regras comuns do Código de Processo Civil relativas ao cabimento da intervenção ad coadjuvandum. Concordamos, pois, com as lições de Geisa Rodrigues:

"Em homenagem ao princípio da isonomia das partes, a única solução plausível é admitir-se que aquele que tenha interesse jurídico na vitória processual dos réus também possa ser assistente. Na verdade, a lei foi expressa quanto à assistência no pólo ativo para restringi-la, a nosso juízo, apenas aos cidadãos, afastando outros que eventualmente tenl1am interesse jurídico em coadjuvar o autor popular, como as pessoas jurídicas, muito embora baja entendimento doutrinário contrário".21

19. Apud MANCUSO, Rodolfo de Cam"1rgo. Ação Popular. 4• ed. revista e atual. e arnpl. São Paulo: RT, 200 1 , p. 208 (grifos nossos).

20. Também assim, MAZZILLI, Hugo '\/igro. A defesa dos interesses difusos em

juízo, p. 260.

2 1 . 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. Também neste sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública, p. 207.

5. INTERVENÇÃO DO COLEGITIMADO EM AÇÃO COLETIVA (LITIS CONSÓRCIO ULTERIOR U NITÁRIO ATIVO)

A intervenção de colegitimado é hipótese de assistência litisconsorcial, que nada mais é do que um litisconsórcio ulterior unitário, como visto. Essa intervenção, nas causas coletivas, está autorizada pelo §2° do art. 5° da Lei Federal nº

7.347/1 985, que, segundo entendemos, trata de hipótese de assistência litisconsorcial, que é caso de intervenção litisconsorcial voluntária, só que sem ampli ação do objeto do processo.

Hugo Nigro Mazzilli defende a possibilidade de um colegitimado ingressar em demanda coletiva pendente e alterar/ampliar o objeto do processo22 Marcelo Abelha Rodrigues também defende essa possibilidade.23 Ambos, contudo, afirmam que a alteração/ampliação do objeto do processo deve respeitar as regras dos arts.

264 e 294 do CPC.

No sistema brasileiro, não se admite que terceiro ingresse em processo alheio, formulando pedido para si e contra o mesmo réu originariamente demandado, em razão da garantia do juiz natural; se assim não o fosse, o terceiro estaria escolhendo o juiz da causa, o que lhe é vedado.

O aditamento da petição inicial (acréscimo de pedido novo), promovido pelo colegitimado interveniente, somente poderia ser aceito, de fato, se fosse feito antes da citação, na forma, aliás, corno previsto no art. 294 do CPC. Mas não basta isso.

É necessário que o novo pedido componha demanda conexa com aquela já ajuizada, de modo que, se fosse proposto em ação autônoma, seria imperiosa a reunião dos feitos com base no art. 1 05 do CPC. Não se admitir o aditamento da petição inicial, em situação como essa, se1ia medida de extremo rigor formal, mas sem nenhuma serventia prática, eis que bastaria a propositura, pelo colegitimado, da ação coletiva conexa, para que se determinasse a reunião dos feitos para julgamento simultâneo (art. 2º, par. ún., Lei Federal nº 7.347/85).

Não pode o colegitimado aditar a petição inicial para formular pedido que não seja conexo. Isso porque, assim, estaria escolhendo o juízo perante o qual o seu

pedido será processado, em afronta direta à garantia do juiz natural. Nada impede, no entanto, que, na qualidade ele assistente, e respeitado o limite temporal (antes 22. MAZZfLLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 1 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.

256. "Por absurdo, caso se entendesse que inexista possibilidade de litisconsórcio ulterior, bastaria que o segundo colegitimado propusesse em separado outra ação civil pública ou coletiva, com pedido mais abrangente ou conexo, e isso provocaria a reunião de processos, e en tão ambos os colegitimados acabariam sendo tratados como litisconsortcs".

23. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 7 1 .

da citação) já mencionado, sugira ao autor o "novo pedido", pois este, à luz do ait.

294 do CPC, pode aditar a petição inicial. Se o autor, no entanto, não concordar com a formulação do pedido-não-conexo, somente por meio de ação autônoma, que será submetida à livre distribuição, poderá o colegitimado fonnulá-lo.

Agora, a situação da alteração do pedido.

O autor tem o direito processual de promover a alteração (substituição) dos elementos objetivos da demanda (pedjdo e causa de pedir) antes da citação do réu (art. 264 do CPC).24 Após a citação, o autor somente poderá fazê-lo com o consentimento do demandado, ainda que revel (art. 3 2 1 do CPC), que terá novo prazo de resposta, pois a demanda terá sido alterada. A negativa do réu deve ser expressa, pois o silêncio, após intimação da proposta de mudança, poderá ser interpretado como concordância tácita, operando-se a preclusão (art. 245, CPC).25

Após o saneamento, é vedada qualquer alteração objetiva promovida pelo autor, mesmo com o consentimento do réu. Em razão disso, não se pode alterar objetivamente o processo em fase recursai, até mesmo para que não haja supressão de instância. A única alteração objetiva do processo possível após o saneamento é a que ocorre em razão da oposição interventiva (art. 59, CPC), que, além de ser promovida por terceiro, deverá ser feita até o inicio da audiência de instrução e julgamento. Trata-se de dispositivo legal. que compõe o quadro das normas que regulam a estabilização do processo, junto com os arts. 87 e 294 do CPC.

Não conseguimos imaginar uma hipótese em que o colegitimado intervenha no processo e promova a alteração da demanda sem o consentimento do assistido (autor colegitimado). Se1ia tuna afronta inadmissível ao direito de acesso à jurisdi

ção coletiva do colegitimado autor permitir a alteração da sua postulação sem a sua autorização. O que pode o colegitimado interveniente fazer - e sempre observados os requisitos do art. 264 do CPC é, também aqui, sugerir ao autor a alteração da

-

sua demanda. Acaso o alvitre não seja acofüido, quatro são as situações que podem surgir: a) o colegitimado interveniente concorda com os motivos apresentados pelo autor e desiste da idéia de alterar a demanda; b) o colegitimado discorda do autor e desejaformular o pedido: b l) se o novo pedido for conexo, é caso de permitir

-se, respeitado o art. 294 do CPC, o aditamento da petição inicial, se for possível a cumulação (art. 292 do CPC); b2) se o novo pedidofàr incompatível com o

pedido 24. "Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substiniições permitidas por lei. Parágrafo único. A altera

ção do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo".

25. "Apresentada petição pelo autor, em que se altera a causa de pedir, e nenhuma objeção apresentando o réu, que, ao contrário, cuida de negar-lhe o fundamento, é de admitir-se que consentiu na alteração. Incidência da ressalva contida no a.rt. 264 do CPC". (STJ, 3º T., Resp 21 .940-5-MG, rei. Min. Eduardo Ribeiro, DIU 08.03. 1 993, p. 31 14, colhida por NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil. nota. J()" ao an. 264, CPC).

do autor,26 como não será possível a cumulação ulterior (art. 292, § I º, 1, CPC), admite-se o surgimento de um litisconsórcio alternativo27 ativo ulterior: o mesmo juízo deve examinar ambos os pedidos para evitar decisões contraditórias, já que apenas um deles poderá ser acolhido; b3) se o novo pedido não for conexo nem incompatível, cabe ao colegitimado ingressar com a sua ação autônoma, como visto.

Como é cediço, tal estrutura poderá sofi·er alterações caso seja modificado o sistema legal agora vigente. As propostas de Código Brasileiro de Processos Coletivos i nterferirão profundamente nessas considerações, ao alterarem o regramento sobre a estabilidade objetiva do processo (aditamento/alteração de pedido ou de causa de pedir). O tema será examinado no capítulo sobre os aspectos gerais da tutela coletiva.

6. INTERVENÇÃO DA PESSOA J U RÍDICA INTERESSADA NA AÇÃO POPULAR E NA AÇÃO DE I M PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Questão interessante é a que diz respeito ao §3º do art. 1 7 da Lei de Improbidade Administrativa, que cuida da patiicipação da pessoa jurídica interessada nas demandas de improbidade propostas pelo Ministério Público. O dispositivo, com a redação dada pela Lei Federal 9.366/96, remete ao §3° do art. 6° da Lei de Ação Popular, que assim está redigido:

"§3°. 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".

A antiga redação do §3º do art. 1 7 dizia que a pessoa jurídica interessada integraria a lide 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 jmídica ser a demandada, e, então, como ficaria?28

26. Imagine que o caso fosse de concurso de pretensões: o autor originário formulou a pretensão "A", mas o colegitimado interveniente entendeu que a pretensão que deveria ter sido formulada é a "B". São pretensões concorrentes, de modo que apenas uma das duas poder:\ ser acolhida. Essa situação impõe a reunião dos feitos para julgamento pelo mesmo juízo, tendo em vista uma espécie de conexão lógica: o acolhimento de uma impede o acolhimento da outra.

27. Sobre litisconsórcio alternativo, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 5'. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 392-393.

28. Cf. NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor, 6 ed., p. 1 554.

Como a pessoa jurídica interessada é co-legitimada à propositura da ação civil de

improbidade administrativa (art. 1 7, caput, Lei Federal nº 8.429/ 1 992), poderá ela atuar ao lado do Ministério Público, como assistente litisconsorcial, mesmo quando for demandada. Atribui-se à pessoa jmídica o poder de assumir, no processo, a posição que melhor convier ao interesse público, refutando ou concordando com as alegações do M inistério Público.

Poderá, até mesmo, não intervir na causa na qualidade de assistente, para assumir a posição de amicus curiae, fornecendo ao magistrado subsídios técnicos para melhor decidir.

Trata-se, em verdade, de quebra do princípio da estabilidade subjetiva da demanda em favor do interesse público primário. A doutrina já denominou esta espécie de "intervenção móvel".

Rodrigo Mazzei sustenta que o § 3° do artigo 6° da LAP (aplicável nas ações de improbidade administrativa, d ante do texto expresso do § 3° do art. 1 7 da Lei nº

8.429/I 992) prevê forma de in•ervençâo móvel da pessoa jurídica, já que esta pode trocar de posição processo coletivo, rugindo do pólo passivo em que é colocada nas ações populares (e de improbid:lde admínjstratíva). Segundo o jurista capixaba, nada obstante a necessidade de a pessoa jurídica estar incluída no pólo passivo da ação no momento do seu ajuizamento, tal posição é provisória. Isso porque, após cientificada da lide, 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 posiçcio 11e111ra). 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 ela sua posição original do pólo passivo, para o pólo ativo da demanda, vindo a aluar 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 pólo ativo, atuando ao lado do autor. Com a análise do quadro desenhado, arremata MAzzE1 que a flexibilidade em questão, que chega a pem1itir o 111ovimen10 radical entre os pólos do processo, decorre do própno escopo das ações coletivas, não existindo previsão semelhante no CPC ou em qualquer outro regramenlo 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 pólo passivo ou se procederá com o movimento para o pólo ativo, podendo ainda adotar postura de neutralidade ou até mesmo de nova mudança (retratabilidade)

no curso da ação, indica serem impróprios aos conceitos de litiscon- sórcio facultativo ou necessário para o fenômeno, já que ligados ao momento do ajujzamento da demanda. razão pela qual conclui se tratar de uma fonna de intervenção móvel. de natureza especialíssima, nas ações coletivas.29

29. MAZZEI, Rodrigo Reis. "A 'interve11ção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art. 6°, § 3°, da LAP e art. 17, § 3°, da LIA)". ln. DIDIER JR. Fredie, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e ass11111os afins. São Paulo: RT, 2007. Em outro texto, o mesmo autor defende a extensão da regra a todo o microssistema do processo coletivo (MAZZEI, Rodrigo. "A ação popular e o microssis1ema da nnela coletiva··. ln: Ação P11p11lar: aspectos relevantes e controvertidos. Luiz Manoel Gomes Junior; Roaaldo 272

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

7. DENUNC IAÇÃO D A L l D E

7 . 1 . O problema d o inciso I I I do art. 70 d o CPC

A discussão quanto ao cabimento da denunciação da lide em causas coletivas passa pela interpretação do art. 70, III, do CPC: "A denunciação da lide é obrigatória: (...) III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda". O tema já

foi examinado longamente i;io volume l deste curso; neste momento, apenas resumiremos os principais posicionamentos.

Duas são as concepções doutrinárias que predominam em derredor do tema: a restritiva e a ampliativa.

Pela concepção restritiva, somente é possível a denunciação da lide, para o exercício de pretensão regressiva, nas hipóteses em que houve transferência de direito pessoal: denuncia-se a lide ao cedente, para que responda por eventual derrota do cessionário. Afirma-se que, como nos incisos I e II, a denunciação da lide objetiva a que o terceiro preste a garantia a que se obrigou na transmissão da coisa ou do direito, no inciso III, que seria norma de encerramento, a linha deveria ser também essa. É como afirma Sidney Sanches: "Pode-se inferir, diante disso, que no inc. III a denunciação é para que o denunciado preste ao denunciante a garantia a que se obrigou, quando lhe trnnsmitiu o direito pessoal".3º

Ação (pretensão) regressiva, neste contexto, é expressão que assume sentido jw·ídico bastante restrito: é pretensão, conferida pela lei ou pelo contrato, a quem, adimplindo uma obrigação que era sua, poder voltar-se contra terceiro, para deste receber, no todo ou em parte, o valor prestado.31 É inegável, porém, a força desta corrente restritiva. Há inúmeras decisões judiciais que a seguem, quase todas se valendo do argumento de que é impossível, na denunciação da lide, a introdução de fundamento jurídico novo.

De acordo com a concepção ampliativa, a introdução do inciso III do art.

70 do CPC se deu por força da pressão da doutrina e da jurisprudência, que sentiam a necessidade de um mecanismo processual que abreviasse a pretensão regressiva nas hipóteses de garantia imprópria - principalmente a dos segurados contra as seguradoras. "Daí a implantação da hipótese descrita no inc. I I I do art.

70, de redação intencionalmente ampla e destinada a ter vasta abrangência, para maior efetividade do instituto e da tutela jurisdicional que mediante ele se possa Fenelon Santos Filho (coord.). São Paulo: RCS, 2006, p. 4 1 4-418).

30. SANCHES, Sydney. Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1 984, p.

120.

3 1 . SANCHES, Sidney. Denunciaçcio da lide no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1 984 p. 1 1 7.

obter".32 Na expressão de Barbosa Moreira, h·ata-se de dispositivo escrito em "termos louvavelmente genéricos".33 Seguem a concepção ampliativa Cândido

Dinamarco, Luiz Fux,34 Ada Pellegrini Grinover,35 Pontes de Miranda,36 William Couto Gonçalves,37 Arruda Alvim, Athos Gusmão Carneiro,38 Aroldo Plínio Gonçalves,39 Alexandre Freitas Câmara,4° Calmon de Passos, Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Jr.41 etc.

Assim, para essa concepção, "ação regressiva" (inciso III do art. 70 do CPC) é expressão que adquire sentido jurídico bastante largo: "envolveria direito a indenização, direito a reembolso, direito decorrente de sub-rogação, direito a garantia (própria ou imprópria), direito a repetição de pagamento indevido, direito a indenização por locupletamento ou enriquecimento ilícito etc."42 Ou, nas palavras de Calmou de Passos: "Temos que há direito regressivo toda vez que vai a pessoa buscar das mãos de outrem aquilo de que se desfalcou ou foi desfalcado o seu patrimônio para reintegrá-lo na posição anterior, com a satisfação do pagamento ou da indenização devida. Em outras palavras: há ação regressiva toda vez que por força da sucumbência em juízo, se terá o direi to de haver de alguém o ressarcimento do prejuízo sofrido".43

Essa concepção é a mais acatada doutrinariamente. A própria mudança legislativa operada no procedimento sumário, que passou a admitir a intervenção fi.mdada em contrato de seguro, parece que veio corroborar essa linha de pensamento.

Sem dúvida, do ponto de vista prático, é a orientação que apresenta os melhores resultados: simplificam-se as coisas, evitam-se discussões teóricas e prestigia-se o exercício da função jurisdicional.

32. DINAMARCO, Cândido Rangel. lmen-ção de lerceiros. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 180. Neste sentido, também com amplas considerações, ARRUDA ALVlM EITO, José Manuel de. Manual de direito processual civil. 1' ed. São Paulo: RT, 000, v. 2, p. 177-180.

33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o 1101'0 Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, p. 85.

34. FUX, Lui.z. Jn1erve11çào de Jerceiros. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

35. GRíNOVER, Ada Pellegrini. "Ação ci\ il pública em matéria ambiental e denunciação da lide". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2002, abril-junho, aº 106, p. 16.

36. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 3' ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. li, p. 146-147.

37. GONÇALVES. William Couto. Intervenção de lerceiros. Belo Horizonte: Dei Rcy, 1 997, p. 249.

38. CARNEIRO, Alhos Gusmão. lmervenção de Jerceiros. 1 3'. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 94-97.

39. GONÇALVES, Aroldo Plinio. Da denunciação da lide. 3'. cd. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 236.

40. CÂMARA, Alexandre Freitas. lições de Direito Processual Civil. 8'. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, V. 1, p. [99-200.

4 1 . THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 32'. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v.

1 , p. 1 12-I 13.

42. SANCHES, Sidney. Denunciaçtio da /iae no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1984, p. 1 16.

43. PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Denunciação da lide". Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 23, p. 320.

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Examinadas as correntes conh·apostas, não há como chegar a outra conclusão: a solução que se dá ao problema da admissibilidade da denunciação da lide é casuística. Existem ambas as concepções, muito bem construídas e defendidas, cada uma puxando para um lado, como vetores de sentidos opostos. É no caso concreto, contudo, que se medem as forças. Parece-nos não ser possível vetar-se, em abstrato, a admissibil idade da denunciação da lide em hipóteses de garantia

imprópria (simples direito de regresso). Nada há no texto legal que aponte oeste sentido, tampouco os antecedentes legislativos lhe servem de apoio. De fato, a idéia do legislador de 1 973 foi mesmo a de permitir o exercício eventual e incidental da pretensão regressiva, qualquer que seja ela, em um mesmo processo.

Mas não se pode negar que a denunciaçã.o da lide implica um incremento da carga cognitiva do magistrado, seja pelo acréscimo de pedido novo, seja pela ampliação do thema probandum: fatos novos são deduzidos, os quais, muitas vezes, dependerão de um meio de prova distinto daquele que seria inicialmente utilizado (como uma perícia ou inspeção judicial, por exemplo). Essa situação dificulta, indiscutivelmente, a prestação da tutela jurisdicional para o adversário do denunciante e a situação do particular envolvido em demanda contra o Poder Público, que pretende exercer sua pretensão regressiva contra o servidor pela denunciação da lide, serve bem como exemplo. Esse "prejuízo" é percebido e é significativo. A simples constatação da jmisprudência do Superior Tribunal de Justiça já nos revela como este tribunal o tem levado em consideração, para não permitir a denunciação da lide nestas situações. Nesta mesma linha, o legislador federal proibiu a denunciação da lide em causas de consumo (art. 88 do CDC), para que o consumidor/

demandante não fosse prejudicado na tutela jurisdicional dos seus direitos. Além disso, como aponta Athos Gusmão Carneiro, embora seja permitida a ocorrência de denunciações sucessivas (art. 73 do CPC), pode o magistrado indeferi-las, "naqueles casos em que venha a oco1Ter demasiada demora no andamento do feito, com evidente prejuízo à parte adversa ao denunciante originário".44

A constatação da pertinência dos principais argumentos das correntes conh·apostas é o suficiente para que se perceba a impossibilidade de obtenção de soluções apriorísticas ou abstratas, quer pela ampla admissão, quer pela proibição em hipóteses de garantia imprópria. Não há vedação legal expressa, isso é fato; mas o magistrado, aplicando o princípio da proporcionalidade, verificará, no caso concreto, se a admissão da denunciação da lide pode comprometer a rápida solução do l itígio, a ponto de não valer a pena a economia processual que por 44. CARNEIRO, Athos Gusmão. ln!ervenção de terceiros. 13' ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1 1 O. O mesmo autor cita julgado do STJ, de que foi relator, em que se consagrou este entendimento: Resp 9.876, publicado na RSTJ 24, p. 466.

ela se busca alcançar; se isso ocorrer, inadmissível, in concreto, a denunciação, restando ao prejudicado exercer por vias autônomas a sua pretensão regressiva.

7.2. A questão na ação civil pública

A princípio, não vislumbramos nenhmna regra que proíba, em abstrato, que se

promova a denunciação da lide em causas coletivas, mesmo que, com base no inciso III do art. 70 do CPC, seja veículo de exercício de pretensão regressiva simples (garantia imprópria). A solução, nestas hipóteses, deve ser a mesma que apontamos no item precedente: é o magistrado que, no caso concreto, verificará, após um juízo de ponderação de valores, se a denunciação da lide é ou não conveniente para a economia e a celeridade processuais. Não há, em relação à ação civil pública, nenhuma regra especial quanto à admissibilidade da denunciação 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. 70, III, CPC, na ação coletiva: a) as freqüentes situações em que, na ação civil pública, se pleiteia indenização com base em responsabilidade objetiva do réu, impediriam que a denunciação da lide introduzisse discussão sobre a existência de culpa de terceiro (art. 1 4, § 1 °, Lei Federal nº 6.938/8 1 : indenização por danos ambientais; arts. 1 2 e 1 8 do CDC: indenização por danos causados aos consumidores); b) a relevância dos direitos em jogo, que merecem um tratamento processual privilegiado.

Hugo Nigro Mazzilli, por exemplo, entende não ser possível a denunciação da lide, nas hipóteses de responsabilidade regressiva, quando essa for objetiva adota os mesmos argumentos dos corifeus da concepção restritiva, já examinada.45

Também neste sentido,46 Nelson Nery Jr., que, como visto, é adepto da concepção 45. MAZZlLLl, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos e111j11ízo. 15' ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 257.

46. U m dos casos em que o problema surge angustioso é o da denunciação em matéria ambiental. A doutrina tem se debatido sobre a questão, con5oante se observa do qualificado trabalho de Rafael Wolff. De um lado defendem a possibilidade genérica de denunciação da lide Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, de outro, vedam esta possibilidade, de fomia peremptória, Celso Antônio Pachecco Fiorillo e Rafael Wolff, entre outros. (Cf. WOLFF, Rafael. "Descabimcnto da denunciação 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, corno já ressaltamos, a ampliação dos limites objetivos da demanda, o que, uma vez adotada a concepção restritiva, em tese seria vedado pelo prejuízo em se transpo11ar para dentro de urna ação ambiental para reparação de danos por responsabilidade objetiva, os diftceis e intrincados temas da comprovação da culpa subjetiva em matéria ambiental.

276

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

restritiva na interpretação do inciso III do art. 70.47 A l ª T. do Superior Tribunal de Justiça, ao j ulgar o REsp 232 1 87-SP, rei. Min. José Delgado, cujo acórdão foi publicado no DJ em 08/05/2000, p. 67, assim se manifestou:

"PROCESSUAL CIVIL AÇÃO CIVIL PÚ BLICA. DANO AMBIENTAL.

1 . É parte legítima para figurar no pólo 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 conseqüências pela violação a ele praticada.

3. Incabível, por essa afirmação, a denunciação da lide.

4. Direito de regresso, se decorrente do fenômeno de violação ao meio ambiente, deve ser discutido em ação própria".

Recentemente, porém, Ada Pellegrini Grinover manifestou-se, peremptoriamente, pelo cabimento da denunciação da lide em ação civil pública ambiental, adotando integralmente a concepção ampliativa reproduzindo as lições de Cândido Dinamarco sobre o inciso III do art. 70 do CPC.48

Se se adotar essa concepção, será 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.

Cumpre advertir, porém, que não é caso de denunciação da lide, mas de chamamento ao processo, a convocação de responsáveis solidários. Segundo o entendimento adotado neste curso (ver, a respeito, o volume 1), 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 denunciação da lide.49

47. NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor." 6" ed. São Paulo: RT, 2002, p. 380. Cita o autor julgado publicado na RT 620, p.

69, que adotou a sua concepção.

48. GR.INOVER, Ada Pellegrini. "Ação civil pública cm matéria ambiental c denunciação da lide". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2002, abril-junho, nº 106, p. 1 6.

49. Cumpre 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 vigo1:" 6" ed. São Paulo: RT, 2002, p. 1.369.

A conclusão do ilustre jurista é coerente com as suas premissas, notadamente porque entende ser o chamamento ao processo hipótese de demanda incidental proposta pelo réu-chamante em face dos chamados.

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

7.3. A denunciação 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 paitir de agora, serve à resposta do seguinte problema: em que medida é possível a utilização da denunciação da lide

ou do chamamento ao processo em causas (coletivas ou indjviduais) de consumo?

A doutrina, de um modo geral, posiciona-se pela inadmissibilidade de denunciação da lide em causas de consumo.

Basicamente, três são as linhas de argumentação: a) a existência do art. 88, que veda a denunciação da lide nas causas de consumo, na hipótese de pretensão regressiva fundada na responsabilidade por fato do produto (arts. 1 2 e 1 3 do CDC); b) a denunciação 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 denunciação da lide, introduzir

-se-ia fundamento jurídico novo, o que seria vedado.50

Em relação ao argumento "c",já o enfrentamos, quando examinamos a extensão que se deve dar ao inciso IH do art. 70 do CPC. Assim, conforme observamos, 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 denunciação da l ide, após proceder a um juízo de ponderação de interesses.

Não se pode proibir a denunciação da lide, em tese, 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 denunciação 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 denunciação da lide, nas hipóteses do art. 1 3 do mesmo código. Assim, o fornecedor demandado por um 50. Ver, neste sentido, RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil. 2'. ecl. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 296; NERY Jr., elson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comemado e Legislação processual civil extravagante em vigor. 5'. ecl. São Paulo: RT, 2001 , p. 1 .893; JORGE, Mario 1-lelton. «oa denunciação da lide no Código de Defesa cio Consumidor". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2002, nº 1 08, p. 38-42.

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 sih.iação prevista no art. 88 do CDC enseja realmente denunciação 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 responsabi lidade solidária, a modalidade interventiva cabível é o chamamento ao processo (art. 77 do CPC), e nã.o a denunciação da lide. De fato, o caso era de chamamento ao processo51"52• 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 principio, 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, 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.53

5 1 . Também assim, RODRJGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil. 2". ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 296; JORGE, Maria 1-lelton. "Da denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 2002, nº 108, p. 38-42.

52. A confusão que se foz entre denunciação da lide e chamamento ao processo pode ser solucionada à luz do direito material. " ... na denunciação existe vínculo jurídico no plano material apenas entre denunciante e denunciado; no chamamento, os chamados são devedores do credor comum, não do chamado". (BEDA

QUE, José Roberto dos Santos. Direi/o e pmcesso. 3". ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 1 1 2).

53. Sobre o princípio da adequação subjetiva do processo - de que servem de exemplo as regras processuais que permitem/vedam/limitam a intervenção de terceiro-, ver, amplamente, DIDIER Jr., Fredie. Recurso de terceiro. São Paulo:

RT, 2002, p. 38-39; DIDIER Jr., Fredie. "Sobre dois importantes - e esquecidos

- princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento". Gênesis - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 200 1 , nº 2 1 , p. 530-54 1 ; BEDAQUE, José Roberto cios Santos Bedaque. Direito e processo. 3". ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60-75; LACERDA, Galena. O Código como Sislema legal de adequação do processo. ln: Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul - Comemorativa do Cinqüentenário. Porto Alegre, 1976, p. 165; OLIVEIRA, Carlos Alberto AI varo.

Do formalismo no processo civil, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1 1 7.



FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Uma outra dúvida é quanto à extensão da proibição: o ait. 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.

1 4 do CDC), por vício do produto ou do serviço (aits. 1 8 e segs. do CDC). Fica a dúvida, então: proíbe-se de forma generalizada a denunciação 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 denunciação 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 pennissão 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.54

Ainda sobre o chamamento ao processo nas causas de consumo, cabem algumas palavras sobre o a1t. 1 O l , I I, CDC.

A intervenção com base em contrato de seguro será, no mais das vezes, a denunciação 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. 1 O l , II, do CDC).55 Kazuo Watanabe justifica a adoção dessa nova modalidade de chamamento ao processo:

54. Tércio Sampaio Ferraz Jr. conceitua a analogia como a constatação empírica, por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipo diferentes e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, lendo em vista uma decisão jurisdicional procurada, introduzindo na norma um elemento de flexibilidade conotativa e denotativa, que permitiria ao intérprete o exercício de seu poder de violência simbólica. Funda-se na igualdade jurídica. Três são os pressupostos: a) que o caso sub judice não esteja previsto em nomrn jurídica; b) que o caso não contemplado tenha com o previsto pelo menos uma relação de semelhança; c) que o elemento de identidade entre os casos tenha a mesma razão. Os três pressupostos estão presentes nesta questão. (FERRAZ JR.,

- técnica, dec iscio, dominaçcio. 2· ed. São Paulo: Alias, 1994, p. 303).

55. "Arl. 1O1. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos 1 e TI deste título. serão observadas as seguintes normas: (...) 11 - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo instituto de Resseguras do Brasil. Nesta hipótese, a selllença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do arl. 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 afinnativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denuncia

ção da lide ao Instituto de Resseguras do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este".

[NTERVENÇÀO DE TERCEIROS

"O fornecedor demandado poderá convocar ao processo o seu segurador, mas não para o exercício da ação incidente de garantia, que constitui a denunciação da lide ... , e sim para ampliar a legitimação passiva em favor do consumidor, o que se dá através do instituto do chamamento ao processo ... Com a norma do art. l O 1 do Código, o elenco do art. 77, CPC, fica ampliado para nele ficar abrangido o segurador do fornecedor de produtos e serviços, que passa a assumir a condição de co-devedor perante o consumidor. (...) O chamamento ao processo, portanto, amplia a garantia do consumidor e ao mesmo tempo

possibilita ao fornecedor convocar desde logo, sem a necessidade de ação regressiva autônoma, o segurador para responder pela cobertura securitária prometida".56

Eis, por enquanto, o quadro: somente é admissível, nas causas de consumo, inclusive as coletivas, o chamamento ao processo de que cuida o inciso I I do art.

1 O 1 , CDC; as demais hipóteses ficam proibidas, ex vi do art. 88 do CDC. Em relação à denunciação da lide, não vemos qualquer proibição em tese: é no caso concreto, à luz de suas peculiaridades, que o problema deve ser resolvido.

8. INTERVENÇÃO DE LEGITIMADO EXTRAORDINÁRIO PARA A DE

FESA DE DIREITOS COLETIVOS (LATO SENSU) COMO ASSISTENTE

SIMPLES EM PROCESSO INDIVIDUAL

Há uma questão nova que precisa ser examinada: é possível que um legitimado extraordinário intervenha em processo individual, para buscar a proteção de um direito coletivo (lato sensu) eventualmente lesado pela eventual decisão ali proferida?

Note que é a hipótese de intervenção em processo individual, não em processo coletivo. Não obstante isso, o terna precisa ser examinado, pois, se admissível, a intervenção pode ser considerada um insh·umento de proteção de situações jurídicas coletivas.

No final de fevereiro de 2008, o STF admitiu a intervenção de um sindicato na qualidade de assistente simples (Sindicato da Iodústria do Fumo do Estado de São Paulo - SJNDIFUMO), em processo que envolve uma indúsh·ia de ciganos, em que se discute a constitucionalidade do Decreto-lei n. 1 .593/1 977 (RE n.

550.769 QO/RJ, rel. M in. Joaquim Barbosa, 28.2.2008, publicada no Informativo do STF n. 496).

É certo que o Sindicato não mantém com o assistido uma relação j urídica conexa com a que se discute. Desta fom1a, inviável a assistência simples, de acordo com o entendimento tradicional sobre o tema, exposto no v. l deste Curso.

56. WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa cio Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 701-2.



Sucede que o STF entendeu que o interesse jurídico que autoriza a assistência simples, no caso mencionado. configurou-se pela constatação de que o julgamento do STF 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 indefü1ido de casos.

A relação jurídica conexa à relação discutida, aqui, é uma relação jurídica coletiva, pois envolve a proteção ele direitos individuais homogêneos, cuja titularidade pertence à coletividade das vitimas (no caso, as indústrias de tabaco).

O julgamento é bem interessante e merece registro.

Admitindo a força vinculativa do precedente judicial, notadamente quando proveniente do STF, o tribunal reconheceu a necessidade de permitir a amplia

ção do debate em momento anterior à formação da orientação jmisprudencial.

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 a:firn1ação de existência de uma relação j urídica 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 diJeitos individuais homogêneos relacionados ao objeto litigioso do processo individual no qual se intervém. Permitir a intervenção de indivíduos titulares de direito individual semellrnote ao que se discute em j uízo certamente causaria grande tumulto processual.

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. Entende, porém, que deveria admitir-se a intervenção do individuo:

"É certo que a ampliação desavisada do conceito de 'interesse de intervenção'

pode tomar inviável a solução da Lide, por gerar a invasão de terceiros no processo formado. Todavia, no outro vértice da questão, a não admissão desta intervenção ampliada acarretará a violação clara dos direitos de ampla defesa e contraditório de todos estes 'terceiros' que sofrerão (praticamente de forma

imutável) 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 controvérsia 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 282

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

na decisão judicial. A garantia do 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 pronta, mesmo antes de iniciada a ação em que o interessado pretende apontar os argumentos".57

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 vem sendo reestmturado a cada dia para dar aos precedentes judiciais força vinculativa. Ao lado disso, parece inexorável a tendência de adaptar o processo individual ao julgamento de causas repetitivas (arts. 285-A e 543-B, por exemplo).

Perceba também que j á 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: no incidente de decretação de inconstitucionalidade em tribunal (art. 482, §§ 1 º, 2° e 3º, do CPC) e no incidente de análise por amostragem da repercussão geral do recurso extraordinário (§ 6° do art. 543-A do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 1 1 .41 8/2006). O STF simplificou a questão, sem trocadilhos, permitindo a intervenção como assistente simples, instituto já consagrado pela tradição jurídica brasileira e expressamente regulado pelo CPC.

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 1 inhas atrás.

57. ARENHART, Sérgio Cruz. "O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes". Ln: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polémicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1 1 , p. 436-437.

CAPÍTULO I X

ÁSPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA

(M ATERIAL E PROCESSUAL)

Sumário • 1 . Regime jurídico da prescrição e da decadência dos direitos coletivos lato se11s11: 1 . 1 . Generalidades; J .2. Classificação dos Direitos

Subjetivos: Direitos-Prestação, Direitos-Poder e Direitos-Dever; 1 .3 . Classificação das Ações; 1 .4. A imprescritibilidade das ações coletivas; 1.5. Prescritibilidade das ações coletivas; 1 .6. Contagem e fluência do prazo; 1.7. Momento da fluência e apl icação subsidiária do CDC: início flexível; 1 .8. Momento da fluência: danos permanentes e continuados; 1 .9. A propositura de uma ação coletiva interrompe o prazo prescricional para a ação individual?; 1 . 1 O. Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. Exame do pensamento de Ada Pellegrini Grinover- 1 . 1 1 . 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; 1 . 1 2 . Prazo quinquenal para as execuções decorrentes de ações coletivas; 1 . 1 3. Discussão sobre a legitimidade

-

e início do prazo prescricional para a execução individual fundada em sentença coletiva 2. O pedido na ação coletiva: 2. J . Interpretação do pedido; 2.2. Ampliação e aditamento do pedido; 2.3. O pedido de indenização por dano moral coletivo; 2.4. Ações coletivas e o controle de constitucionalidade; 2.5. Ação coletiva em ma

-

téria tributúria e previdenciária - 3. Abandono em ações coletivas - 4. Desistência em ações coletivas 5. A reconvenção -6. A distribuição dinâmica do ônus da prova - 7. Conciliação nas causas coletivas: compromisso de ajustamento de conduta- 8. Tutela de urgência 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 1 7 e 1 8 da Lei de ação civil pública; 9.5. Quadro comparativo dos regimes das custas e honorários nos Códigos Modelo e nos Projetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos - 1 O. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas: 1 0. 1 . Litisconsórcio entre Ministérios Públicos e o problema da competência; 1 0.2. A questão do enunciado n. 489 da súmula STJ; J 0.3. lntervençiio como custos legis; 10.4. Ministério Público e os direitos individuais homogêneos: função promocional dos relevantes interesses sociais; 10.5. M i nistério Público e o seguro decorrente do DPYAT: o 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. 4 1 , XI, Lei n. 8.625/1993) - 1 1 . Questões recursais: 1 1 . 1 . O recurso de terceiro: 1 1 . 1 . 1 . Consideração introdutória; 1 1 . 1.2. Regras básicas; 1 1 .1 .3. Recurso de terceiro colegitimado contra a homologação de compromisso judicial de ajustamento de conduta; 1 1 .2. O interesse recursai; 1 1 .3 .

-

O efeito suspensivo dos recursos J 2 . O reexame necessário.

1 . REGIME J URÍDICO D A PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA DOS

DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU

1 . 1 . Generalidades

O objetivo da prescrição e da decadência, institutos correlatos quanto à finalidade, é assegurar estabilidade social ao direito. Servem, também, como um "castigo à negligência, em prol do ' interesse público' (estabilização de determinadas situaçõesjurídicas)."1 Trata-se, portanto, de instituto com dupla função: a) assegurar 1 . MAZZEI, Rodrigo Reis. Reforma do CPC: Leis 11. 18712005, 11.23212005, 11.27612006, 11.27712006 e 11.28012006. São Paulo: RT, 2006, p. 426. (comentários à Lei 1 1 .280/2006). Cf. o clássico LEAL, Antônio Luís da Câmara. Da prescrição e da decadência. 2" ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, esp. p. 3-29. 285



a estabilidade das relações sociais; b) servir de sanção ou castigo ao negligente titular do direito. Justamente por esse importante papel apenas pretensões muito relevantes para a comunidade podem ser consideradas imprescritíveis, isso ocorre desde 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, § 5° da CF/88), também chamadas "ações perpétuas".2

No âmbito civil, que nos interessa mais em particular, o regime jurídico da prescrição e da decadência sofreu alterações e precisões com o novo Código Civil (Lei Federal nº 1 0.404/2002). O legislador, adotando o critério de Agnelo Amorim F i lho,3 deixou bastante claro que a prescrição está ligada ao exercício dos chamados direitos subjetivos-prestação (ou pretensão), nos quais se exige de outrem um comportamento determinado em proveito do próprio titular do direito. A perda do prazo para o seu exercício acarreta a impossibilidade de sua exigência em juízo, a perda da sua exigibilidade.4 A prescrição encobre a eficácia do direito (mi. 1 89). A decadência, por outro lado, ocorre em relação aos direitos subjetivos-poder (ou potestativos, ou, ainda, formativos-geradores), nos quais o titular exerce, independentemente da vontade do sujeito passivo, a sua vontade. Estes 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 ex igibilidade. O Código indicou expressamente os casos de prescrição (ai1. 205 e 206) e ressalvou 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

2. NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. Código Civil comentado. 3• ed. revista e ampliada. São Paulo: RT, 2005, p. 290.

3. AMORIM FTLHO, Agnelo. "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis". Revista do Tribunais. São Paulo: RT, 1997, nº 744, p. 725-750.

4. Nesse diapasão é importante frisar duas normas previstas no CC/2002. O art. 190 que prevê a perda da exceção no mesmo prazo da ação e o art. 1 9 1 que estabelece a possibilidade de renúncia da prescrição.

5. AMORlM FILHO, Agnelo. "Critério científico para distingu ir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis". Revis/a dos Tribunais, São Paulo: RT, nº 300, p. 7-37, out. 1 960, esp. p. 37.

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERJAL E PROCESSUAL) 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 pah·imonial.

Desde já é obrigatório faze1mos um parêntese quanto à pretensão à sanção, também condenatória, que está vinculada ao interesse púbLico na administração proba. Esta nasce da necessidade de prever um regime jurídico de direito estrito, mais rígido, para tutelar os direitos fundamentais do réu na aplicação das sanções administrativas. Como será visto e analisado abaixo, há modificação do status do réu e, portanto, seria possível antever aqui prazo decadencial. Não será esta a nossa opção no texto, preferiu-se a manutenção da prescrição administrativa.

Esta última categoria é mais comum ao direito administrativo6 e não apresenta caráter patrimonial, mas sim o de evitar a punição dos agentes da administração.

Exemplo desta é a prescrição das sanções nos termos do art. 23 da Lei da Improbidade Administrativa - Lei Federal nº 8.429/1 992, também assim determinada na própria Constituição Federal, que assegura aos agentes que "a lei estabelecerá prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento" (art. 37, § 5°).

A semelhança entre o direito administrativo sancionador e a tutela penal, bem como o reconhecimento de que a ação civil de improbidade é uma ação para tutela civil dos i lícitos administrativos praticados em desfavor da administração pública (compreendida em seu sentido mais nobre de interesse público primário), somados à perfeita adaptação ao nosso ordenamento jurídico do pleito cível lato sensu e da j urisdição wia, levam a conclusão de que ocorre aqui a exceção material de prescrição, já que este é o instituto de direito material que está subjacente ao seu reconhecimento processual, uma prescrição material administrativa. O que decai não é o direito potestativo de propor a demanda e obter a sanção (com a conseqüente modificação do status jmídico do agente), mas acionabilidade ou o exercício da pretensão persecutória do Estado (pretensão punitiva).

Por fim, Agnelo Amorim Filho entendia serem imprescritíveis as ações meramente declaratórias, as chamadas declaratórias puras, bem como as ações constitutivas que não tivessem prazo decadencial expressamente determinado em lei.7

6. Nesse sentido: "Para a administração, a prescrição rende ensejo a dois efeitos. Um deles é o de impedir que use do poder de revogar seus próprios atos, tornando definitiva a situação jurídica em favor do administrado. O outro efeito é o de não permitir que a Administração aplique punição a seus servidores após o decurso de certo prazo. Os estatutos funcionais contemplam esses prazos, que são inarredáveis." CAR

VALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, 1 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 752.

7. 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.

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI .IR.

1 .2. Classificação dos Direitos Subjetivos: Direitos-Prestação, Direitos-Poder e Direitos-Dever

Hoje, na quadra atual de desenvolvimento da teoria dos direitos, seria possível falar em três categorias de "direitos subjetivos"8: 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 à coletividade (a exemplo do dever-poder da administração pública de agir em conformidade com a legalidade na sua atividade executória).9-10

Esta última categoria (direitos-deveres) é mais característica das ações coletivas, portanto, devemos explicitá-la melhor." Primeiro, é imperativo salientar que 8. O conceito de direito subjetivo, corno o conhecemos, revela-se imanente ao desenvolvimento da teoria geral do direito na idade média e início da modernidade. Para uma breve visão sobre as teorias de Jhering (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 - [[". ln: Enciclopédia Saraiva de Direi/o. São Paulo: Saraiva, sd. p. 330-334.

Para omras classificações, inclusive propondo a divisão e a pluralidade dos direitos subjetivos (direitos a algo; liberdades; competências) cf. ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fimdamentales, p. 1 78 e ss.

9. A classificação é de Fernando Noronha. Cf. NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 54, ver também p. 5 1 -64.

1 O. Parcela da doutrina exclui esta categoria do âmbito dos direitos subjetivos. Tal entendimento vem assim esposado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: "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, corno, 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. FARJAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direiro civil: teoria geral. 4' 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 clássico; ou stricto sens11, segtmdo 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 exponênciais especialmente detenninados em lei (ex.: art. 5° da LACP).

1 1 . 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". ln: Tutela Coleriva.

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 288



os deveres estão presentes em nosso ordenamento constitucional, constituindo

"deveres fundamentais".12 Mesmo o exercício de direitos subjetivos clássicos como os previstos em um contrato de compra e venda estão sujeitos a urna "função social" presente como limitação de seu exercício abusivo.13 São duas as

espécies de direitos-deveres, ambas se caracterizam pela satisfação de interesses não só do titular (ao contrário, muitas vezes obrando contra interesses imediatísiticos do titular), assim diametralmente opostas as espécies anteriores, aqui também se atua para a satisfação do interesse do sujeito passivo ou para atender interesses superiores da coletividade, como o interesse do menor no poder familiar e o interesse pú�lico no dever-poder de auto-executoriedade da administração, ambos determinados por lei ou pelo conjunto do ordenamento jurídico. Na primeira hipótese a realização se dará com a cooperação de outrem. Ex.: dever-poder dos pais exigirem dos filhos que lhes 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 corrcspectiva de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe de mediação do legislador, o mesmo se eleve dizer cm relação aos deveres fundamentais". (COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. A questão agrária e ajustiça. Juvelino José Strozakc (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 142).

12. Não ocorre contudo uma natural correspectividadc 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 fundamenta 1 deve ser afastada. Para além do caráter não funcionalista dos direitos fundamentais os deveres fundamentais recortam-se corno categoria autônoma, o que vale é o "princípio da assinalagmalicidade" (assimetria) cnlre 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 as normas constitucionais de sua cstatuição ou as leis em conformidade com o que foi autorizado pela Constituição. Daí Canotilho falar em uma "reserva de constituição quanto aos deveres fundamentais." (CANOTrLHO, José Joaquim Gomes. Direi/o constitucional e leoria da Conslituiçào, 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 direiLOs) 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 ela saúde, o dever de defesa do ambiente associado ao direito ao ambiente, o dever ele 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 a Constituição portuguesa, mas certamente aplicáveis ao nosso ordenamento constitucional.

(Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 533).

1 3 . Daí que se revela correta a lição que salienta ser: "impossível esquecer ajimção 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 júnç<io social, obstando um exercício egoístico das tirularidades. Aliás, a própria codificação reconhece esse entendimento como se nota a partir ela leitura dos arts. 421 e· 1228." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.

Direito civil: teoria geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen J urís, 2006, p.34).

prestem obediência (a11. 1 .634, VII do NCC). Na segunda, independentemente da cooperação. Ex.: dever-poder dos órgãos e agentes da administração de agir conforme ao interesse público, uma vez que "todos os poderes deveres concedidos às pessoas j urídicas públicas, ou aos órgãos e agentes, são direitos-deveres, embora com especifidades próprias do direito público". Nesta categoria (direitos-deveres) se insere a grande parte dos direitos fundamentais não-

patrimoniais.14

1 .3. Classificação das Ações

Cootudo, ainda é necessário agregar a essa classiflcação dos direitos subjetivos

-dever (poderes-deveres, ou melhor, deveres-poderes) a classificação das ações que lhes são mais adaptadas. A s ações que versam sobre esses direitos são predominantemente as mandamentais e as executivas lato sensu. Isto porque essas modalidades de tutela estão mais aptas a prestar a tutela específica, sem a qual estes deveres-poderes não são satisfeitos integralmente.

Importante perceber aqui que todas as ações contêm, consoante a tese de Pontes de Miranda, uma multiplicidade de eficácias sentenciais, a chamada

"plurnlidade de eficácias", cada wna correspondendo a uma forma de tutela jurisdicional15• Assim, prescreveriam apenas os "capítulos" (pedidos) condenatórios, decairiam apenas os "capítulos" constitutivos.16 Como não há disposição sobre esses "novos" direitos subjetivos na teoria clássica de Agnelo Amorim Fiillo, e o nosso Código Civil nada previu em relação a esses, nossa conclusão provisória passa por admitir que apenas as eficácias (ou mais modernamente, as "formas de tutela")17 condenatória e constitutiva estarão sujeitas aos prazos prescricionais e decadenciais, respectivamente. Assim, quando por exemplo estivermos frente ao reconhecimento de paternidade de um infante cumulado com a prestação alimentícia ou petição de herança, para o reconhecimento não será viável opor a prescrição, mas prescreverão, no prazo legal, a pretensão de alimentos e a petição de herança, pretensões condenatórias,18 de igual maneira 14. NORONHA, Fernando. Direi10 das obrigações, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64.

15. M 1 RANDA, Francisco C. Pontes de. Tratado das ações. São Paulo: RT, 1976, § 26, p. 124. Sobre o tema já se observou que: "Classificam-se as sentenças e as ações de acordo com a eficácia preponderante. ou seja, uma mesma sentença poderá apresentar mais de uma eficácia sem que o nome dado à ação mude:·

ZANETl JR., Hermes. "Eficácia e efenos nas sentenças cíveis". ln: Eficácia e coisa julgada. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 49-59 (p. 57).

16. Fracionando-se o comando judicial em estrita relação com os pedidos, segundo a conhecida teoria dos capitulos defendida por DINAMA RCO, Cândido Rangel. Capítulos de sentença. São Paulo: Malheiros, 2002.

17. Sobre as formas de tutela jurisidicional cf. CLIVE.I RA, Carlos Alberto Alvaro de. "Direito material, processo e rutela jurisdicional". ln: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). Polémica sobre a ação: a 1u1elaj11risdicional na perspectiva das relações entre direto e processo. Porto Alegre: Li varia do Advogado, 2006, p. 285-319.

18. A prescrição das prestações alimentares se dá em dois anos a partir da data em que se vencerem (art. 206, §

2° do CC/2002). Nesse mesmo sentido, pugnando pela revogação do antigo prazo qüinqUcnal do an. 1 78, §



 se comportam os direitos da personalidade. 1 9 O mesmo se passa com as ações coletivas, como trataremos de expor a seguir.

1.4. A imprescritibilidade das ações coletivas

Em tema de ações coletivas, a matéria já sofreu várias considerações por parte da doutrina, alguns inclusive defendendo tout court a imprescritibilidade das ações

coletivas ao argumento de que s�o 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 nessas demandas.

Já defendia Édis M ilaré que:

"A ação civil pública não conta com disciplina específica em matéria prescricional. Tudo conduz, entretanto, à conclusão de que se inscreve ela no rol das ações

'

imprescritíveis.

A doutrina tradicional repete uníssona que só os direitos patrimoniais é que estão sujeitos à prescrição ... Ora a ação civil pública é instrumento para tutela j urisdicional de bens-interesses de natureza pública, insuscetíveis de apreciação econômica, e que têm por marca característica básica a indisponibilidade. Versa, portanto, sobre direitos não-patrimoniais, direitos sem conteúdo pecuniário".2º

Outros autores também defenderam essa imprescritibilidade genérica das ações coletivas.21 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".22 Preciosa é a síntese de seus argumentos: 1O, 1 do CC/1 9 1 6 e do art. 23 da Lei de Alimentos (Lei Federal nº 5.478/98) cf. NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código Civil comentado e legislação e\·travagante. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p.

934. Para os mesmos autores a prescrição da ação de petição de herança segue o prazo geral (decenal).

19. Muito embora sejam intrasmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis para limitação por ato voluntário os efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade são transmissíveis. CI". NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código Civil comentado e legislação extravagante. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p. J 73. Esta parcela transmissível prescreve.

20. MILARÉ, Édis. A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 1 5 - 1 6.

Em nota o autor cita os diversos partidários desse critério distintivo patrimonial: Clóvis Bevilácqua, João Luís Alves, Aldyr Dias Vianna, Paulo Tonninn Borges. Nas palavras de Clóvis Bevilácqua: "Precisamente, os direitos patrimoniais é que são imprescritíveis. Não há prescrição senão de direitos patrimoniais." (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. São Paulo: Francisco Alves, 1959, v. 1 , p. 355 apud M I LA RÉ, Édis, Idem, p. 1 5). Cf., ainda, LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ministério Público do Trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 2 8 1 .

2 1 . Entre outros, FlNK, Daniel R. "Ação civil pública- prescrição - breves notas e reflexões". l n : l n : A ação civil público após 20 anos: efetividades e desafios. Édis Milaré (coord). Silo Paulo: RT, 2005, p. 139- 148.; LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individua/ ao coletivo extrapa1rimo11ial. São Paulo: RT, 1998. Ambos versando mais especificamente quanto aos danos ao meio ambiente.

22. 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 pmcesso coletivo, p. 337.

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

"Em síntese, fundamentam a inocorrência das sanções temporais no processo coletivo: a) inexistência de previsão de prescrição ou decadência quanto aos interesses supra

-individuais; b) não legitimação dos titulares de tais interesses para sua postulação em j uízo; 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

inocorrência de decadência".23

Por outro lado, quanto aos direitos individuais homogêneos em específico aduz o autor que:

"Outra crítica à idéia da imprescritibilidade e da inocorrência de decadência no processo coletivo poderia ser formulada quanto aos interesses individuais homogêneos, por serem verdadciros interesses individuais que recebem tratamento coletivo por razões de política legislativa. Destarte, sujeitar-se-iam à prescrição e à decadência. Entretanto, sem razão a oposição. Na sua forma singular, os direitos ou ações individuais estão sujeitos aos prazos prescricionais ou decadenciais, o que não ocorre sob a ótica metaindividual, podendo ser postulados em qualquer tempo dada a impossibilidade de implementação da demanda coletiva pelos interessados, mesmo quanto aos interesses ndividuais homogêneos".24

Aqui é forçoso dissentir, somente em razão da disponibilidade ou não do direito deduzido na forma de direito individual homogêneo (e portanto coletivizado para fins de tutela), bem como, dos direitos individuais que se apresentam como reflexo dos direitos coletivos em sentido estrito a serem perseguidos em juízo, será ou não viável falar-se em prescrição. Essa a lição de Héctor Valverde Santana, adotada também por Carlos Henrique Bezena Leite:

"Quanto à ação que veicule pretensão coletiva, a incidência da prescrição dependerá da aferição da indisponibilidade dos interesses materiais judicialmente deduzidos.

Apresentamos um exemplo que pode corroborar a assertiva: um prêmio fixado em acordo coletivo para os traba.lbadores que atingirem certa produção poderá ser vindicado judicialmente em face de uma empresa. Se a pretensão for apenas a de obrigar a empresa a estender o prêmio a todos os trabalhadores integrantes da categoria na empresa estar-se-á diante de interesses coletivos, porquanto transindividuais e indivisíveis. Mas ncio se pode1·á dizer que o direiro ao prémio seja indisponível, pois não há óbice a que cada traballrndor individualmente considerado venha a ele renunciar. Nesse caso, o interesse relativo ao prêmio mostra-se disponível, razão pela qual sujeita-se à prescrição. Não se poderia cogitar de prescrição, no entanto, se o interesse coletivo fosse indisponível, tal como ocorre em relação à proteção do meio ambiente de trabalho, isto é, o empregador não poderia invocar validamente a prescrição

alegando, por exemplo, que já polui o meio ambienre há mais de vinte anos, pois o direito ao meio ambiente de trabalho sadio não se encontra entre aqueles direitos que possam ser objero de disponibilidade. É de se ressa.ltar, contudo, que, em se tratando de tutela de interesses individuais homogêneos, dada a sua característica materialmente individual e divisível, parece-nos razoável a posição de Héctor 23. LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, p. 360.

24. LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, p. 358.

Valverde Santana, no sentido de que estes interesses podem sofrer a incidência de prescrição. Afinal, se os próprios titulares dos direitos materiais veiculados na ação coletiva poderiam ajuizar demanda individual para a defesa particularizada dos seus próprios interesses, não seria lógico permitir que a ação coletiva seria suficiente para impedir os efeitos j urídicos da prescrição. Além disso, o art. 7°, X IX, da CF enaltece que todos os créditos trabalhistas individuais estão submetidos à prescrição".25

Muito embora o exemplo seja retirado do direito do trabalho sua aplicação é extensível a todos os direitos coletivos lato sensu, com temperamentos quanto ao momento da ftuência dos prazos e à matéria envolvida, como veremos abaixo.

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 geral26 não se dá a prescrição ou a decadência. Também, como já se referiu, tal não ocorre nas ações meramente declaratórias. Tudo isso porque razões éticas e sociais assim exigem.27 É esse justamente o caso das ações de ressarcimento ao erário, para as quais a norma constit11cional criou expressa imprescritibilidade (art. 37, § 5° da CF/88). Daí serem referidas como ações perpétuas.

1.5. Prescritibilidade das ações coletivas

Concordamos, em parte, com as observações de Ricardo de Barros Leonel. O

.legislador nada disse sobre a prescrição e decadência na disciplina da ação civil pública. Há contudo menção expressa:

a) da prescrição dos pedidos repressivos-punitivos na improbidade administrativa, face sancionatória da ação,28 consoante a norma do a1i. 23 da Lei Federal nº 8.429/92:

"Da Prescrição. Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas: 1 - até 5 (cinco) anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; 1 r - Dentro do prazo prescricional previsto em lei especifica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos do exercício efetivo de cargo ou emprego".

25. Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ministério Público do Trabalho, 3 ed., p. 284-285; SANTANA, Héctor Valverde. Prescrição e decadência nas relações de consumo. Dissertação ele Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP. São Paulo, 200 1 , pp. 145- 147.

26. Respectivamenle arts. 198, 1, e 208 do CC/2002; e o entendimento doutrinário, clenlre outros, de Antônio Luis da Câmara Leal, Caio Mário da Silva Pereira, e[LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. p. 358.

27. Nesse sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. p. 358.

28. Sobre a dislinção entre a face repressiva-punitiva e u face repressiva-reparatória cf. ZAVASCKI, Teori.

Processo coletivo: lutela de direitos coletivos e flltela coleth•a de direitos. São Paulo: RT, 2006, p. 1 14.



FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

b) da decadência do pedido de habilitação individual nas ações indenizatórias para compor os direitos individuais homogêneos, prevista nas leis federais ns.

8.078/1990 e 7.91 3/1 989 (com a redação dada pela Lei Federal nº 9.008/ 1 995):

"Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O

produto da indenização devida reverterá ao Fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24

de julho de 1 985". (Lei Federal nº 8.07811990).

"Art. 2º. As importâncias decorrentes da condenação, na ação de que trata esta Lei, reverterão aos investidores le ados, na proporção de seu prejuízo. § 2° Decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de dois anos, contado da data da publicação do edita a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida ao Fundo a que se refere o art. 1 3 da Lei nº 7.347, de 24 dejulbo de 1 985".29

e) da prescrição (ou decadência) na ação popular, em prazo quinquenal:

"Art. 2 1 . A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos." (Lei Federal nº

4.7 1 71 1 965).

Por óbvio, no caso da ação popular teremos prescrição, quanto ao pedido condenatório, e decadência do pedido constitutivo (mais exatamente, desconstitutivo). Isto porque, conforme vimos acima, deve ser respeitado o critério científico propugnado por Agnelo Amorim Filho, agora adotado pelo novo Código Civil.

Esta não era, até o presente, a opinião corrente e pacífica, como se pode observar da resenha doutrinária na seguinte passagem de Rodolfo Camargo Mancuso:

"Quanto a saber se o prazo do art. 21 da LAP é prescricional ou decadencial, também bá certo dissenso: José Afonso da Silva e Pinto Ferreira falam em prescrição, prestigiando, assim, a dicção do art. 21 da LAP; mas Paulo Barbosa de Campos Filho, Péricles Prade e Othon Sidou entendem que se trata de decadência; há ainda a posição intermédia de José lgnácio Botelho de Mesquita, distinguindo: decadência, para o pedido de decretação da mvalidade ('é prazo

para exercer direito à produção de um efeito jurídico que só mediante sentença pode ser produzido') e prescrição, quanto ao pedido de natureza condenatória ('nesse particular o direito de ação está fundado claramente num direito subjetivo a uma prestação do responsável pelo dano causado, que pode ser por ele espontaneamente satisfeito. É o caso de prescrição')".30

29. A nova redação dada pela Lei Federal nº 9.008/1995 alterou a destinação dajluid recove1y, indenização flufda sobre os valores não reclamados pelo titular no prazo assinalado, passando da União para o FDD.

A decadência opera-se sobre a habilitaç;1o, 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, ponanto, seria objeto de prazo prescricional. Em sentido diverso, entendendo que: "operar-

-se-ú a decadência do direito de receber a indenização", cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil como!lllado, 6. ed., p. 1.383. O prazo começa a correr da publicação do edital convocando o investidor para que -;e habilite ao recebimento da parcela que lhe couber (art. 2°, § 1 º).

30. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular, 3 ed., São Paulo: RT, 1998, p. 265. O autor parece optar, apoiado em Câmara Leal, pelo prazo decadencial: "se cuida de prazo decadencial, que 'nasce' junto com 294

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) Com razão, no caso, José lgnácio Botelho de Mesquita.

Vale ressalvar, por último, a imprescritibilidade constitucional das ações voltadas ao ressarcimento do erário (art. 37, § 5°, infine, 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 inclusive poderá ser veiculado em ação civil pública.

d) do prazo decadencial de 1 2 0 dias, determinado pelo art. 23 da Lei Federal nº

1 2. 0 1 6/2009, para o ajuizamento do mandado de segurança, que é também aplicável ao mandado de segurança coletivo. Neste caso, é bom lembrar que, pelo menos por agora, está superada 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".31

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 mandamus. A decadência é do direito potestativo de escolha do procedimento especial. O que se perde, após o h·anscurso do prazo de 1 20 dias, é apenas a opção de valer-se do procedimento magnânimo do mandado de segurança. A redação do dispositivo legal (art. 23 da Lei Federal nº 1 2.0 1 6/2009), aliás, é muito clara neste sentido: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á ... ". 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 h·atar-se de pressuposto processual - e que, pois, pode ser reconhecido de oficio (art. 267, § 3°, do CPC) -, está sempre 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 o direito substancial e a partir daí Aui inexoravelmente" (Idem, p. 267). Em sentido contrário, entendendo que não se aplica o prazo decadencial porque a lei fala cm "prescrição" cf. LEONEL, Ricardo de Barros.

Manual do processo coletivo, p. 36 1 . Discordamos desse posicionamento já que o termo "prescrição" na lei em análise não foi adotado em sua acepção mais técnica, devendo ser compreendido em sentido amplo (precrição e decadência).

3 1 . Cf. ZANETI JR., Hermes. Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais contmversos. Po110

Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 90.

295

do mérito (o que só ocon-e se se tratar ela 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) da prescrição e ela decadência dos direitos cio consumidor e elas respectivas ações singulares.

Consoante dispõe o art. 26 "o direito de reclamar pelos vícios aparentes e de fácil constatação caduca em: 1 trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço

-

e de produto não duráveis; I I - noventa dias, tratando-se ele fornecimento ele serviço e de produtos duráveis . . . § 3º Tratando-se ele vício oculto, o prazo decaclencial inicia-se no momento em que.ficar evidenciado o defeito", bem como o a.rt. 27 que estabelece "prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção T I 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"32 devemos fazer as seguintes observações: a) a nonna não restringe sua aplicação aos direitos individuais; b) o inquérito civil é indicado expressamente no art. 26 como modalidade "obstativa" da decadência ("§ 2º Obstam a decadência: (...) III - a instauração de inquérito civil, até seu enceTI"amento"); c) o microssistema que o CDC prevê no Tít. III h·ata da defesa do consumidor em juízo, individual e coletiva, não havendo razão para distinção alegada; d) mesmo tendo sido vetado o art. 89 que dete1minava 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 ele um microssistema da tutela coletiva resultante ela conjugação do art. 90 do CDC com o art. 2 1 da LACP.33 Daí concluirmos que não há como afastar a incidência também para os demais direitos 32. LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, p. 358.

33. Sobre a existência de um sistema de tutela processual para direitos coletivos, lembra GLDI, que o veto presidencial ao ar/. 89 do CDC, que expressamente declararia a extensão dos dispositivos do Título 1ll 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. 1 J O, 1 1 1 e 1 1 7 do Código que permitem a leitura similar através da ação civil pública. Afirma, ainda, o autor: "Em outras palavras, não somente o micro-

sistema da coisa julgada, mas toda a parte processual coletiva do coe, 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 Ili do COC combinado com a LACP fará às vezes do Código Coleuvo, como ordenamento processual geral." Cf. GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência e111 ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1 995, p. 77 e 83. No mesmo sentido: MAZZEI, Rodrigo. "Ação popular e o microssistema da tutela coletiva". ln: Ação Popular: Aspectos Relevantes e Comrovertidos. Luiz Manoel Gomes Junior e Ronaldo Fenelon Santos Filho. São Paulo: RCS, 2006; ZANETI JR., Hermes. Ma11dado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 200 J, p. 52-55.

coletivos das expressas previsões do coe em relação à prescrição e decadência (para todos os casos em que não há norma específica nos procedimentos especiais), principalmente no que tange: a contagem inicial do prazo prescricional ("início flexível"),34 às causas de suspensão e as causas de interrupção.

Nesse sentido, preleciona Kazuo Watanabe: "O veto presidencial pretendeu

cortar essa extensão, mas não conseguiu atingir o objetivo colimado. É que deixou de vetar também os a1ts. l J O e 1 17, contidos no Título VI - 'Disposições Finais', que pela via da modificação da Lei nº 7.347/85 reafirmou a mesma solução ele alargamento".

Concluindo que "sendo assim induvidoso, agora, que toda a disciplina contida no Título 111 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".35

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.

1 .6. Contagem e fluência do prazo

A aplicação dos prazos prescricionais dos direitos individuais disponíveis- nos casos já mencionados em que os mesmos prazos refletem nos direitos coletivos -

deve observar o estabelecido na legislação respectiva. Não é cabível genericamente a aplicação dos prazos gerais de prescrição (1 O anos, art. 205 do CC/2002), muito embora a análise do caso concreto possa levar a esta solução.36 Vale lembrar que, mesmo ocorrendo, a prescrição é renunciável, tácita ou expressamente, depois de consumada (art. 1 9 1 do CC/2002).37 Quanto à decadência legal, por sua vez, os prazos serão apenas aqueles determinados em específico pela legislação, sendo nula sua renúncia. As hipóteses de decadência convencional são, com certeza, muito raras em se tratando de direitos coletivos.

34. O termo foi utilizado, com muita propriedade, por: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; M I RAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2003, p. 380.

35. WATANABE, Kazuo. "Arts. 8 1 a 90". ln: Código Bmsileiro de Defesa do Consumidor: comemado pelos autores do anteprojeto. 8' ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 853.

36. Apenas como argumento, Ricardo de Barros LeoDel defende que os prazos serão sempre os gerais, hoje, de 1 O anos nos termos do art. 206, caput, do CC/2002. Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, p. 360.

37. Verifique-se a tese crítica de Humberto Theodoro Jr. sobre a contraditoriedade do novo art. 219, § 5º. (Lei Federal nº 1 1 .280/2006). Para o autor: "Na estrutura do direito material só ao devedor cabe usar, ou não, a exceção de prescrição. Trata-se de faculdade, ou de direito disponível, renunciável expressa ou tacitamente. Basta o não-uso da exceção para tê-la como renunciada por seu respectivo titular (Código Civil, art. 191)". (THEODORO JR., Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 26).



FREDll: DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

De qualquer so1ie, aplicando-se o prazo genérico ou os prazos específicos do art. 206 do novo Código Civil, o direito interternporal será regido pelo art. 2.028, segundo o qual serão da lei anterior os prazos, quando reduzidos por aquele Código, se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada (CC/ 1 9 1 6).

Oc01Tendo previsão de prazo específico na legislação extravagante, como ocorre no caso da prescrição das ações em face da Fazenda Pública, disciplinada

pelo Decreto 20.9 1 0/1 932 (art. 1 º) e complementada pelo Decreto-Lei nº 4.597/1942,38

este é o prazo aplicável.

1.7. Momento da fluência e aplicação subsidiária do CDC: início flexível Como não se pode esperar dos entes legitimados o mesmo zelo, diligência e proximidade dos fatos que se esperam dos titulares dos direitos individuais, o início do prazo prescricional só poderá con-er da ciência inequívoca da violação ao direito, pelos entes exponenciais elegidos na legislação, bem como da autoria.

Essa exceção ao art. 1 89 do CC/2002 está em pleno acordo com a ratio dos dispositivos que suspendem 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 idéias. Não corre a prescrição contra o incapaz e o servidor público ausente do país em n1issão no exterior, bem como esta fica suspensa quando pendente condição suspensiva. Portanto, há idêntica razão jurídica para a suspensão ab initio da fluência do prazo nas ações coletivas, até que oco1Ta a ciência inequívoca da lesão ou violação ao direito pelos entes devidamente legitimados na sua tutela.

38. Segundo a doutrina o Decreto-Lei em comento estendeu a aplicação do regulamento anterior às dividas passivas, qualquer direito ou ação contra as autarquias e entidades paraestatais, ocorre que tal extensão não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 no tocante as entidades da administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, já que a estas se aplica a lei civil: "A expressão

'entidades e órgãos paraestatais', contida no art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42 é de total imprecisão.

Contudo, tudo parece indicar que o legislador procurou alcançar, além das autarquias, as entidades de direito privado vinculadas ao Estado, que hoje compõem a Administração Ladireta. Em relação a essas entidades, porém, não mais prevalece a prescrição qüinqüenal, eis que a Constituição vigente não

recepcionou essa parte do dispositivo, aa medida em que deu a essas pessoas, quando exerçam atividades econômicas, o mesmo tratamento dispensado às empresas privadas. Conseqüentemente, a prescrição de ações contra elas se regula pelo Código Civil.". Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, 791 .

298



Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno M iragem: "No sistema do CDC a prescrição da pretensão é de 5 anos, mas com início tlexível".39 Quer dizer: "O sistema do CDC impõe que este prazo prescricional passe a correr a paitir 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".4º

Esta é a inteligência 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 microssistema, na pior interpreta

ção 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 urna interrelação entre os microssistemas consumerista e da tutela coletiva (art. 90 do CDC c/c art. 2 1

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 microssistema da tutela coletiva resultante da conjugação do art. 90 do CDC com o art. 2 1 da LACP.41

Aplicam-se, também, as causas interruptivas da prescrição. Especial situação é a do ajuizamento da ação coletiva, isto porque, segundo a doutrina, em interpretação da dicção legal, "o ajuizamento da ACP interrompe a prescrição".42

Também é necessário saber o momento em que inicia o prazo decadencial.

Segundo o art. 26 com relação aos vícios aparentes só poderá correr o prazo após a entrega efetiva do produto ou do ténnino 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 CC/2002, com grande novidade para o direito civil, expressamente permite que leis especiais prevejam causas de 39. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2003, p. 380.

40. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Cons11111ido1: São Paulo: RT, 2003, p. 380.

4 1 . Cf. GIDI, Antonio. Coisajulgada e litispendéncia em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1 995, p. 77 e 83; MAZZEI, Rodrigo. "Ação popular e o microssistema da tutela coletiva". l n : Ação Popular: Aspec/os Relevantes e Controvertidos. Luiz Manoel Gomes Junior e Ronaldo Fenelon Santos Filho. São Paulo: RCS, 2006; ZANETI JR., Hermes. Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 52-55.

42. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ministério Público do Trabalho, 3 ed., p. 285. Hoje o despacho liminar positivo (ver infi·a, art. 1 98, 1 do CC/2002).



FR.EDIE D101ER JR. E HERMES ZANETI Jrc

impedimento, suspensão ou interrupção da decadência.43 Pelo menos duas causas são expressamente demarcadas pelo CDC: a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos ou serviços e a instauração de inquérito civil (claro indicativo de que este dispositivo também se refere às demandas coletivas). No primeiro caso ocorre suspensão até que ocorra resposta negativa de forma inequívoca, no segundo, até

o encerramento do inquérito civil.44

Outras considerações podem ser feitas com relação às ações coletivas em espécie. Por exemplo, vale ressalvar 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 ocon-e decadência do direito de impetração antes do ato ilegal e abusivo atingir a esfera jurídica concreta, causando efetivamente a lesão a:finnada (art. J 8 da Lei do mandado de segurança). Pontes de M iranda 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)".45

43. Muito embora a doutrina forneça um sem número de argumentos, ligados a própria natureza dos direitos potestativos, para não aplicar a interrupção aos prazos decadências a lei contém expressa norma de abertura, pern1itindo que a matéria seja regulada de modo diverso.

44. Na doulTina não há concordância se o prazo é de suspensão, interrupção ou constitutivo do direito. Estamos, por ora, com Zelmo Denari, que enlende ser o prazo suspensivo, portanto, corre normalmente após terminada a causa da paralisação do lapso temporal. Cf. DENAR.I, Zelmo. "Arts. 8° a 28". ln: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comemado pelos alllores do anteprojeto, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 229. Em sentido contTário, entendendo ser caso de prazo constitutivo cf. NUNES, Rjzzatto. Comentários ao Código de Defesa do Cons11111ido1: 2. ed, reformulada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3 4 1 . Entendendo pela interrupção cf. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAM !N, Antônio Herman V.; MlRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumido1: São Paulo: RT, 2003, p. 371 .

45. 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 1° de julho do corrente ano'.

Não houve, ainda, a ofensa ao direito ceno e líquido; não pode ser iniciada a contagem do prazo preclusivo. O 'justo receio' de vir a dar-se a ofensa legitima 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 impL1gnado 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), niio 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. MElRELLES, Mandado de segurança, ação pop11/01; ação civil pública, mandado de injunção e habeas data, p. 49.

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) Portanto, a contagem do prazo decadencial de 1 20 dias só tem início após a prática do ato ilegal ou abusivo; a possibilidade de mandado de segurança preventivo não inicia o prazo. Assim, não há que se falar de prazo decadencial no mandado de segurança preventivo (individual ou coletivo).

Há outra consideração impo1tante. I nterposto o mandado de segurança individual ou ajuizada qualquer outra demanda individual, que se rei.acione com uma ação coletiva, caso ocorra suspensão desse processo individual, após a adequada notificação (art. 1 04 do CDC), os direitos individuais ficam

preservados, nã.o 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 (ait. 23, inc. l e I I da Lei de Improbidade Administrativa). O caráter distintivo é a natureza do vínculo com a administração pública. Para os vínculos não permanentes (agentes políticos, cargos em comissão, função comissionada)46 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 suspensa 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.47 É

bom lembrai-, mais uma vez, que são imprescritíveis as pretensões ressarcitórias, 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 douh·ina, 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. 1 2 da Lei Federal nº 8.429/ 1 992 (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber beneficias fiscais ou creditícios) é efetivamente uma mudança em seus status jurídico (caráter predominantemente constitutivo, da sentença decorreria uma nova situação jurídica do agente). Tal nos levaria à conclusão de serem os prazos previsto na lei materialmente decadenciais. Contudo, os prazos em questão são prazos materialmente previstos no direito administrativo como prazos 46. Por óbvio é rol não-exaustivo, podendo incluir os contratados por tempo determinado, os convocados e requisitados e os delegados de função pública.

47. PAZZAGLINl FlLHO, Marino; ROSA, Múrcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade adminislraliva: aspeclosjurídicos da defesa do palri111ônio público. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 213.

N

1

prescricionais, prescrição da pretensão punitiva da administração pública face ao agente público imputado.48 Reforçando a tese da prescrição, a jurisprndência do

STJ tem entendido que o prazo prescricional nos casos do inciso U (ato praticado no exercício de cargo efetivo ou emprego público) é o do crime correspondente, quando assim determinado na legislação específica (v.g., art. 1 42, § 2°49 da Lei Federal nº 8. 1 1 21 1990 e art. 244 da Lei Complementar nº 75/1 99350-51). Portanto, pelo menos provisoriamente, é possível manter a denominação de "prescrição"

para estes prazos, considerando que o que prescreve é a pretensão sanciooatória 48. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direiro administrativo, p. 7 5 1 .

49. "MANDADO D E SEGURANÇA. CONDENAÇÃO DO !MPETRANTE E M FALTAS ADMI 'ISTRATl

VAS TAMBÉM TIPCFICADAS COMO CRIMES. ART. 142, § 2°, DA LEI Nº 8.1 1 2190. APLICAÇÃO DO

PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO NA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DlSCIJ>Ll

NAR. DESOBEDIÊNCIA AOS PRJNCÍPIOS DA LEGALIDADE, ISO OMIA. CONTRADITÓRIO E

AM.PLA DEFESA NA CONDUÇÃO DO PROCESSO ADMCNISTRATIVO DISCIPLINAR. 1 VALIDA

ÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 . Considerando que o lmpetrante foi condenado na pena de demissão pela prática de faltas administrativas, que também são 1ipificadas como crimes, aplicam-se o art. 142, § 2°, da Lei nº 8.1 12190 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, § 1°, da Lei nº 8.1 1 2190. 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 fomialidades básicas e essenciais, no processo administrativo disciplinar, por força do art. 2°, inciso VIII, parágrafo único, da Lei nº 9.784, como garantia de defesa do acusado. 5. Segurança concedida ... (STJ, 3• S., MS nº 8.817/DF, rei. Min. Paulo Gallot-1i, rei. p/ acórdão Min.Paulo Medina,j em 13.1 2.2004, publicado no de DJ 22.05.2006, p. 145).

50. "RECLAMAÇÃO - ILÍCITO ADMINISTRATIVO E PENAL- MESMA CONDUTA- RECONHECI

MENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA ESFERA PENA L - INEXISTÊNCIA DE FALTA RESIDUAL - IMPOSSLBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO, SOB O PRETEXTO DE

DAR A CONDUTA TIPIFICAÇÃO DIFERENTE, PROSSEGUIR NO PROCESSO ADMINISTRATI

VO - 1 TELIGÊNCJA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 244 DA LC 75/93. 1 - O reco11heci111e1110

da prescrição da pretenscio puniti1'a afasia qualquer efeiro civil, adminisrralivo, processual, etc, que decorreria da processo ou da se111e1,ça condenatória. O parágrafo único do arl. 244 da Lei Complementar n.º 75/93 prevê: "A falta, prevista na lei penal como crime, prescreverá juntamente com esle.".

Reconhecida esta em função do tipo penal ao qual o represen1ante do parque/ - ti1nlar da ação penal, enquadrou a conduta, classificação aceita pelo Juiz competente, não pode, a mesma conduta, continuar a ser invesligacla no âmbito administrativo. O dispositivo acima mencionado estabelece tratamento especifico ao procedimento administrativo disciplinar, quando a condu1a se subsumir, também, em tipo penal, ceno que afirmado, pela própria Comissão de Inquérito do Ministério Público, inexistir conduta ou falta residual a ser apurada. l i - A decisão pelo prosseguimento do processo administrativo está a negar eficácia àquela tomada no âmb to desta Cone - Ação Penal 1 12/DF, onde reconhecida a prescri

ção e determinado o arquivame11ta dos awos, conforme o Regimento Interno do STJ. Ili - Reclamação conhecida e julgada procedente." (STJ, Corte Especial, Rei nº 6 1 1/DF, rei. Min. \Valdemar Zveiter,j. em 18. l 0.2000, publicado no de DJ 04.0'.!.2002, p. 248).

5 1 . Sobre o terna 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 seara penal, bem como os argumentos pró e contra esta extensão ver GARCI-\, Emcrson; 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

inslâncias cível e penal não tem esteio constitucional, o que afasta a possibilidade de considerá-la elemento estn1turante da própria função jurisdicional" - id. p. 555. Ousamos discordar nesse ponto, até porque a diterenciação das instâncias está clara na distribuição das competências para julgamento entre as matérias, nas cláusulas do devido processo legal e do contraditório.

302

PROCESSUAL)

do direito administrativo, nos mesmos moldes da pretensão condenatória na esfera penal, pretensão não-patrimonial52. Esse tipo de sanção é plenamente possível na esfera cível porque, como sabido, no Brasil se adotou a jurisdição una, que tem por conseqüência o pleito cível lato sensu (Pontes de Miranda).53

Aos demais agentes albergados pelo amplo 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).54 O terceiro que atuar em conjunto do agente público terá a mesma sorte deste.55

52. Esta opção entra em choque com a afinnação corrente de que só os direitos patrimoniais são prescritíveis, por isso deve ser tomada com reservas. Tem a virtude de manter hígida a verba legal (menos importante) e de reconhecer certa especificidade ao direito administrativo sancionador, aspecto repressivo-punitivo da LIA (mais relevante). No sentido de que apenas os direitos patrimoniais são prescritíveis e de que as ações condenatórias não se dissociam do direito patrimonial verificar MAZZEI, Rodrigo. Reforma do CPC, p. 430.

53. 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 110 direi/o público. Nos juristas europeus, mesmo os mais avançados, ainda se não chegou à concepção do piei/o cível, lato sensu, que é a do sistema jurídico brasileiro, em que se tratam prelensões 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 1, 1 997. (atualização legislativa: Sergio Bcrrnudes), p. 46.

54. "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO Cf'VIL PÚBLICA

DE IMPROBIDADE ADMI

NISTRATIVA. REQUERIMENTO DE NOTIFICAÇÃO R.EALIZADO FORA DO PRAZO PRESCRJ

CIONAL. PR.ESCRJÇÃO. AFASTAMENTO. DIES A QUO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 23, INCISO 1, DA LEI Nº 8.429/92. EXTENSÃO. PARTICULAR. 1 - O Tribunal a quo entendeu que a propositura da ação não teria o condão de interromper o prazo prescricional se o autor não pleiteia a notificação prevista no § 7° do artigo 1 7 da Lei nº 8.429/92, com os acréscimos impostos pela M PV nº 2.225/2001, dentro deste período. 1 1 - Ocorre que a norma acima aludida não impõe alteração aos critérios de interrup

ção do prazo prescritivo, impondo-se desta feita a observância do artigo 2 1 9, § 1°, do Código de Processo Civil. 1 1 1 - Assim, em sendo realizada a notificação imanente ao § 7° do m1. 1 7 da Lei 8.429/92, mesmo fora do prazo qüinqlienal do artigo 23, inciso 1, daquele diploma legal, deveria o magistrado prosseguir com as providências previstas nos parágrafos seguintes para, acaso recebida a petição inicial, ser realizada a citação e efetivada a inlerTupção da prescrição com a retroação deste momento para o dia da propositura da ação.

IV - O dies a quo do prazo prescricional, aplicável aos servidores públicos e agentes políticos, previsto no art. 23, inciso 1, da Lei nº 8.429/92, é extensivo aos particulares que se valeram do ato improbo, porquanto não haveria como ocorrer la! ilícito sem que fosse em concurso com agentes públicos 011 na condição de beneficiários de se11s atos. V - Recursos especiais providos, para n fastar a pecha da prescrição e determinar o prosseguimento do feito com as ulteriores providências legais." (STJ, 1" T., REsp nº 704.323/RS, rei. Min.

Francisco Falcão, j. em 16.02.2006, publicado no DJ de 06.03.2006, p. 197). Nesse sentido, entendendo pela constância do prazo prescricional previsto no art. 23, 1 (cinco anos) cf. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 2" ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 557-558.

55. 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 relaçno a todos os envolvidos em sua prática", quando concorrerem dois agentes com prazos diferenciados ao terceiro será aplicado o

"mais amplo", 303

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

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 haveria poderia haver grande demora na efetivação da citação para apresentação de contestação, feita após o juízo positivo de admissibilidade. Importante frisar, portanto, que, com relação à ação de improbidade administrativa, o prazo

interruptivo retroage à data da propositura da ação, não importando que a citação só ocorra após o juízo prévio de admissibilidade da demanda. 56 Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça tem reiterada jurisprudêocia.57 Ademais, com a GARClA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 2• ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 559.

56. O que é mais lógico, em face do desdobramento do procedimenro postulatório em dois, no primeiro momento se dá a fase de defesa prévia e de averiguação da (im)procedência liminar e no segundo, superada essa fase, ocorre a citação e a contestação - art. 17, §§ 7° e 8°. Outro argumento, a simples propositura da demanda já prevenirá o juízo para todas as ações posteriores que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto - art. 17, § 5°.

57. "PROCESSUAL CfVLL. RECUR O ESPEClAL. EX-PREFEITO. AÇÃO CIVlL PÚBLICA. PRESCRI

ÇÃO NÃO CARACTERIZADA. RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA CITAÇÃO À DATA DO AJUl

ZAMENTO DA AÇÃO. SÚMULA Nº 1 06/STJ. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. ART. 1 7, § 7°, DA LEI Nº

8.429/92. ATRIBUIÇÃO DO MAGISTRADO. PRECEDE TES REITERADOS DESTE SUPERIOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL lNTERPOSTO PELO MJNISTÉRIO PÚBLICO

CONHECIDO E PROVIDO. 1 . Ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra ex-prefeito e ex-secretário municipal, em que se discute irregularidade na prestação de contas referente a viagens realizadas ao exterior pelos réus para assinatura de contratos com a Associação Mundial de Ecologia - AME. O TJRS reconheceu a prescrição da pretensão punitiva em relação ao ex-prefeito e determinou a cisão do processo para o prosseguimento da ação cm primeira instfincia, quanto aos demais pedidos. Entendeu o Tribunal a quo que os réus não foram notificados, na forma prevista na Lei nº 8.429/92; aproveitando-se o ato citatório como notificação, de forma a restar ausente a citação propriamente elita, dando causa à prescrição. Recurso especial do MP/RS

alegando violação dos ar1s. 2 1 9 e 535 do CPC e 23 da Lei nº 8.429/92, em razão ele a Lei de Improbidade Administrativa possuir norma especial sobre a interrupção do prazo prescricional, segundo a qual a interrupção da prescrição ocorre com a propositura da ação, não imponando quando e como será feita a citação.

Sustenta, ainda, que caso se entenda pela aplicaçi1o do an. 2 1 9 do CPC, esta também restou inobservada, posto que a ausência da notificação prévia não invalida o ato citatório e o pedido de notificação não é reputado essencial pelo art. 282 cio CPC. Ultrapassados tais argumentos, deveria ter havido a abertura de prazo para emenda à inicial. Contra-r.izões pela manutenção do acórdão. Parecer do M PF pelo provimento do recurso. 2. O § 1° do art. 2 1 9 do CPC dispõe que ·'A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação". Havendo a demanda sido ajuizada dentro do qllinqüênio previsto na lei de improbidade (art. 23, 1), não pode a parte autora. ao caso o Ministério Público cio Estado do Rio Grande do Sul, ser prejudicada pela decretação de prescrição cm razão de mora atribuível aos serviços judiciários. incidência ela Súmula aº 1 06/STJ ("Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência"). 3. Na espécie, o mandato do ex-prefeito se encerrou cm 3 1 / 12/1 996, e ação civil pública foi proposta em 1 1 / I 0/200 1 , portanto. antes de expirado o qüinqüênio prescricional reservado para o exercicio desse ato processual. 4. Não compete ao autor da ação civil pública por ato ele improbidade administrativa, mas ao magistrado responsável pelo trâmite do processo, a determinação da notificação prevista pelo art.

17, § 7°, da Lei ele Improbidade, não podendo a pane sofrer prejuízo algum cm caso de não-cumprimento.

5. O colendo Supremo Tribunal Federal, em data de 15/09/2005, apreciou o mérito da ADI nº 2797/DF, declarando, por maioria de votos, a inconsti111cioaalidadc da Lei nº 1 0.628, ele 24 de dezembro de 2002, 304

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) mudança no Código Civil de 2002 a regra geral passa ser a de que o despacho do juiz que ordena a citação interrompe a prescrição, não mais a citação válida.

1 .8. Momento da fluência: danos permanentes e continuados Outra questão relevante é a dos danos permanentes e continuados. Aqui também não há como chegar a um consenso imediato. Existem três categorias de danos com desdobramentos no tempo: a) os danos imediatos de efeitos permanentes;58

b) os danos pem1anentes com desdobramento no tempo;59 c) os danos continuados com repetição da conduta.60 Podemos sugerir que para os danos permantes, por exemplo acarretados por uma prática concreta de lesão ambiental não se pode falar em prescrição. Muito menos para os danos continuados, fracionados em diversas condutas lesivas. No caso dos danos imediatos de efeitos permanentes é preciso analisar a natureza do direito para verificar ou não a existência de prescrição ou decadência, isto porque tais situações tendem a estabil izar-se, gerando recomposição natural do tecido jurídico e pacificação social.

Diferentemente ocorre com os danos permanentes com desdobramento no tempo e com os danos continuados com repetição da conduta. Em ambos os casos a prescrição não atinge nem mesmo parcela do ilícito, sendo impensável falar-se na distinção entre "prescrição do fundo de direito" e "prescrição da prestação"

(usual em direito administrntivo).61 A tutela deverá ser integral, com a conseqüente reparação ou ressarcimento integral (restitutio in integrum).

Neste sentido entendem Daniel Roberto Fink:, José Rubens Morato Leite e Álvaro Luiz Valery Mirra que as ações (rectius: pretensões) para recomposição do dano ambiental são imprescritíveis.62

que acresceu os §§ 1° e 2° ao artigo 84 do Código de Processo Penal. Por essa razão, é competente o juízo singular, de primeiro grau, para processar e j ulgar as ações propostas contra ex-prefeitos. 6. Recurso especial conhecido e provido, com finalidade de que, afastada a prescrição, sejam os autos encaminhados ao juízo singular de primeiro grau, para que dê continuidade ao regular exame do feito". (STJ, 1" T., REsp nº

724.088/RS, rei. Min. José Delgado, j. em O 1.06.2006, publicado no DJ de 26.06.2006, p. 1 20).

58. Podendo ser compreendidos como aqueles que esgotam a sua potencialidade lesiva no ato ilícito praticado.

59. Compreendido como o dano principal que continua a produzir efeitos no tempo, danos marginais ou secundários, sendo imperativa a sua reversão para evitar que a lesão ao direito seja ainda maior.

60. Nestes casos há prática reiterada de ilícitos que são repetidos continuamente,

por exemplo, uma empresa poluidora que durante o período de vinte anos lança degetos no rio que lhe serve de escoamento, não há que falar em prescrição.

6 1 . Sobre o tema cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito admin istrativo, p. 793 e 794.

62. FfNK, Daniel R. "Ação civil pública -prescrição -breves notas e reflexões". ln: A ação civil pública após 20 anos: efetividades e desafios. Édis Milaré (coord). São Paulo: RT, 2005; LEITE, José Rubens Morato.

Dano ambiental: do individual ao coletivo e.x1rapatrimonial. São Paulo: RT, 1 998, p. 209-2 12; MIRRA, Alvaro Luiz Valery. Ação civil pública e reparaçcio do dano ao meio ambiente. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 232 e 233. Em particular cabe a ressalva de que "existem vantagens na adoção de um sistema mais preciso no que tange ao prazo prescricional do dano ambiental, mas, mesmo com a adoção de 305

FREDIE DIDIER JR. E HER.M'ES ZANETI JR.

1 .9. A propositura de uma ação coletiva interrompe o prazo prescricional para a ação individual?

A resposta é evidentemente positiva. Não pode restar dúvida que sim. Isto porque em razão da ampliação ope legis do objeto 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 ou não

demanda em nome próp1io até o momento, os 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.

Nesse mesmo sentido, consoante já refeiido, posiciona-se Carlos Henrique Bezerra Leite afirmando que "o ajuizamento da ACP interrompe a prescrição".63

Esta é a proposta do CM-GIDJ (anexo): "Artigo 8. Interrupção da prescrição. 8.

A propositura da ação coletiva interromperá o prazo prescricional das pretensões

.individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia coletiva. 8 . 1 O

prazo prescricional recomeçará a correr a partir da notificação ao grupo da decisão transitada em julgado". (Vide art. 1 6 . 1).

1 . 1 O. Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. Exame do pensamento de Ada Pellegrini Grinover

Além das considerações expostas acima, sem prejuízo de nossas conclusões anteriores, existe trabalho de Ada Pelleg1ini Grinover64 que sustenta a ocorrência de prescrição da ação de ressarcimento ao erário (como vimos, imprescritível, forte em dispositivo constitucional, art. 37, § 5º, CF/88), especialmente quando veiculada pela via da "ação civil pública de improbidade administrativa".

Trata-se de parecer em caso concreto, b·abalho excepcionalmente bem escrito e com vasta fundamentação bibliográfica (Pontes de Miranda, Câmara Leal, Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira, J.M. Carvalho Santos, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Galeno Lacerda, entre oub·os autores de nomeada).

uma regra especifica ... ainda assim haverá exceções ... " lal se passou com a Convenção de Lugano que determinou no art. 17 "as ações de reparação com base nesta Convenção prescrevem no período de três anos, a partir da data em que o demandante lenha 011 deveria ter razoável conhecimenlo do dano e a

idenlidade do explorador" (LEITE, José Rubens Moralo. Dano ambiental: do individual ao colelivo extrapalrimoniol, p. 212).

63. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Mi11is1ério Público do Trabalho, 3 ed., p. 285. Hoje o despacho liminar positivo, art. 198, r do CC/2002, que faz. retroceder a data da propositura da ação.

64. GRJNOVER, Ada Pellegrini. "Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição." Ln: Processo civil: aspectos relevantes - vai. 2. - Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Jr. São Paulo: Método, 2007, p. 15-56.

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) As teses principais afirmam: a) a ocorrência da extinção da legitimação extraordinária do Ministério Público pelo decurso do prazo decadencial ou prescricional previsto no art. 23 da Lei 8.429/1 992;65 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;66 c) a infelicidade da regra constitucional frente à

necessidade ética de prazos extintivos dos direitos; d) a interpretação gramatical e teleol.ógica do dispositivo constitucional

- que deveria ser anotado como exceção à regra do direito administrativo, não como vedação a regra própria; e) o caráter penal e aflitivo da medida, ponderando inclusive que o próprio homicídio seria prescritível, e que a ausência de prazo prescricional gera intolerável insegmança juridica); f) a jurisprudência, mesmo que assumidamente de forma direta ou indireta (prescritibilidade da ACP).67 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. 2 1 da LAP à Ação de Improbidade; neste passo, afirma a autora: "a regra inserta no parágrafo 5°. 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".68

Nosso entendimento, devidamente desenvolvido acima, é outro. Podemos restringiI nossa análise à leitura do art. 37, § 5°. 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".

Ora, mesmo em interpretação gramatical pura o texto é claríssimo. 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. Porém, essa prescrição não atinge o direito de ressarcimento dos danos civis.

De resto, depreendendo-se dos fundamentos já expostos, manteremos o quanto foi dito.

Vale ressaltar, quanto ao caráter ético, que a autora tem toda razão em afirmar que "manifestações inflamadas desprovidas de condutas concretas, objetivas, 65. GRJNOVER, Ada Pellcgrini. Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição, p. 3 1 .

66. GRINOVER, Ada Pcllcgrini. Ação de improbidade administrativa.

Decadência e prescrição, p . 3 2 e 33.

67. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição, p. 21 e ss.

68. GRJNOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição, p. 27.

tecnicamente adequadas e tempestivas de nada valem para o Judiciário. As atividades empreendidas pelo Ministério Público, conquanto sabidamente voltadas à defesa do interesse social, não escapam às normas que limitam a atuação do poder do Estado, em qualquer uma de suas manifestações". 69

Mesmo que um eventual caso concreto possa autorizar exceções (em Direito não existem absolutos; é possível que se verifique que, em dada situação, seja mais justo possibilitar a prescrição para estabilizar a demanda), mas parece lícito estabelecer como regra geral a prescritibilidade da demanda ressarcitória (não se deve deixar de utilizar o medicamento adequado à enfennidade por força de eventuais efeitos colaterais nocivos).

Hoje se sabe: na agenda internacional dos direitos fundamentais e dos povos democráticos está o combate à co1rnpção, e a ação de improbidade administrativa é essencial e se tem mostrado eficaz nesse objetivo. Recuperação de capitais/

ativos, mesmo que j á não seja possível aplicar as demais sanções, é imperativo ético. Que o Poder Judiciário, obedecido o devido processo legal, validada a imprescritibilidade constitucional da ação de ressarcimento, decida em definitivo e no mérito sobre as questões que digam respeito a esse tema. Soluções que afastem o exame da má conduta do agente não são bem vindas. Seria deixar o doente sem medicamento algum.

Recentemente o STJ esposou a tese da prescrição vintenária: "PROCESSO CNCL.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ClVI L PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DA

NOS. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA.

1 . A norma constante do art. 23 da Lei n. 8.429 regulamentou especificamente a primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. À segunda parte, que diz respeito às ações de ressarcimento ao erário, por carecer de regulamentação, aplica

-se a prescrição vintenária preceituada no Código Civil (art. 1 77 do CC de l 9 l 6).

2. Recurso especial provido".

(2". T., REsp n. 60 1 .96 1 /MG, Rei. Ministro João Otávio de Noronha, j . em 07.08.2007, publicado no DJ de 2 1 .08.2007, p. 1 75).7º

Outro tópico debatido no texto pela autora aponta a questão da impossibilidade da i nterrupção ou suspensão dos prazos decadenciais.

Sobre esta questão firmamos posicionamento contrário acima, mas basta lembrar que a regra expressa do ait. 26, § 2º, II do CDC determina que a instauração do inquérito civil obsta a decadência até o seu encerramento.

69. GRJNOVER, Ada Pellegrini. Açcio de improbidade administrativa. Decadência e prescriçcio, p. S 1 .

70. Aparentemente n o sentido contrário. REsp 890.552/MG, Rei. Ministro JOSÉ DELGADO, PRJMEIRA TURMA, julgado em 27 .02.2007, DJ 22.03.2007 p. 31 S.

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL)

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.

1 . 1 1 . 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. Reputa-se existente um grupo de vítimas, que seria titular de um direito à fixação da tese jurídica 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 tese 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 jmisdicional coletiva, o mais polêmico.

A prescrição da pretensão coletiva relacionada aos direitos individuais homogêneos é um desses temas controversos.

A análise deste tema será feita em adminículos.

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 de prescrição das pretensões individuais, cujo prazo começa a correr da respectiva lesão (art. 1 89 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 dafiuid recovery (art. 1 00, 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 este prazo é vinculado ao direito material tutelado, não existe no ordenamento brasileiro, em princípio, nenhum prazo prescricional puramente processual.

Nã.o foi isso o que entendeu o STJ, no REsp 1 .070.896/SC, rei. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 1 4.04.20 1 0, acórdão publicado em 04.08.201 0, que, buscando socorro no microssistema da tutela coletiva, aplicou por analogia o prazo qüinqüenal da ação popular para o ajuizamento de ação coletiva para a

tutela dos direitos indiv.iduais homogêneos, nada obstante o prazo prescricional das pretensões individuais ser vintenário. 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 propositura de processos individuais, pois as pretensões individuais, no caso, não estão prescritas. A solução, embora envernizada pelo apelo ao microssistema, 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 1 987 e 1 989, salvo se reconhecida a interrupção das prescrições individuais pelo ajuizamento das ações coletivas, como se verá abaixo, em 2 0 1 0 também estarão prescritas aquelas pretensões individuais.

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 decisã.o coletiva. Isto ocorre mesmo que tenha sido reconhecida a prescrição quinquenal no processo coletivo, consoante a equivocada orientação do STJ examjnada 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.

e) Pode acontecer, ainda, que, nada obstante se tenlla 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 i mportante. É possível que algumas pretensões individuais não prescrevam dentro do prazo prescricional inicialmente previsto, contado a partir da lesão, tendo em vista fatos que impeçam, suspendam ou interrompam o 3 1 0



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 afiuid 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, po1tanto. A tutela coletiva perde a sua justificativa, embora a tutela individual seja possível.

1 .1 2. Prazo quinquenal para as execuções decorrentes de ações coletivas O STJ fi rmou entendimento sobre a prescrição quinquenal elas 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 coletiva 71•

7 1 . EMBARGOS À EXECUÇÃO D E TÍTULO JUDICIAL ORIUNDO D E MANDADO D E SEGURANÇA COLETIVO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. VALORES PRETÉRITOS. PRESCRIÇÃO DA EXE

CUÇÃO. MESMO PRAZO PRESCR1CIONAL APLICAD0 À PRETENSÃO. SÚMULA 150 DO STF.

DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. AGRAVO RE

GIMENTAL DESPROVIDO. 1 . O § 3°. do art. 1°. da Lei 5.021/66 (revogada pela Lei 1 2 . 0 1 6/09), a par de reconhecer o Mandado ele Segurança corno ação própria para corrigir ilegalielaele 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 cio prazo prescricional, a ação ele execução segue a sorte da ação de conhecimento, na forma prevista na Súmula 1 50 do Pretório Excelso, segundo a qual prescreve a execução no mesmo prazo ele

prescrição ela ação. 3. O título executivo judicial é proveniente de pedido rnandamental coletivo que postulava o pagamento, em trato sucessivo e mensal, aos inlegrautes da carreira de Policial Civil do ex-território cio Acre, das gratificações previstas no arl. 4º. da Lei 9.266/96, sujeito, portanto, ao prazo prescricional de 5 anos previsto no art 1 º.

cio Decreto 20.910/32, contado a partir da data ern que se tornou coisa julgada a decisão exequencla, ou seja, ela data cio ato ou fato demarcador ela exigibilidade da obrigação. 4. Neste caso, transitada em julgado a decisão executada em 1 3 . l 0.98 (fls. 53 do apenso), a execução somente foi iniciada ern 19.1 2.2008 (fls.

0 1), de sorte que inegável a incidência ela prescrição quinquenal. 5. É clesinfluente a assertiva ele que não foi devidamente aplicada a causa suspensiva cio prazo prescricional prevista no art. 4°. do Decreto-Federal 20.910/32, urna vez que tal argumentação não foi levantada no momento oportuno, a dizer, na impugnação 3 1 1

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Todas as críticas que feitas no item anterior encaixam-se perfeitamente neste tópico. Não é necessário repeti-las. Para frisar a discordância, basta citar o dispositivo do anteprojeto de reforma do CDC, que, se aprovado, sepultará a questão:

"A ação é imprescritível, e as pretensões de direito material prescrevem, se for o caso, no prazo estabelecido por este Código ou pela lei, observado o mais favorável a seu titular" (art. 8 1 , § 4º, anteprojeto no anexo).

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.

1 . 1 3. Discussão sobre a legitimidade e início do prazo prescricional para a execução individual fundada em sentença coletiva

A prescrição é exceção na vida dos direitos. O objetivo principal do instituto é paz social e segurança jurídica. A execução prescreve no mesmo prazo da pretensão certificada na sentença (enunciado da súmula do STF n. 1 5 0). 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. 1 03,§3°, CDC).

De regra, trans.itada 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 ocon-e 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, Rei. Mio. Castro Meira, j. em 18.10.2012).

Eis a ementa:

aos Embargos à Execução, configurando-se, dessa feita, inovação defesa em sede de Agravo Regimental.

Precedente. 6. Agravo Regimental desprovido. (STJ, 3°. S., AgRg nos EmbExeMS n. 4.565/DF, Rei. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. em

28.04.201 O, publicado no DJe de 14.05.201 O).

3 1 2

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL)

DIREITO PROCESSUAL CJVlL. EXECUÇÃO. TERMO INJCIAL DA PRES

CRIÇÃO. DÚVIDA SOBRE A LEGIT!Ml DADE 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 ajuizarnento 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 . 1 65.488-RS, DJe 30/5/20 1 2 ; AgRg no REsp 1 . 1 7 1 .508-RS, DJe 23/4/20 1 2, e AgRg no Ag 1 .367.397-RS, DJe 1 3/3/20 1 2.

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 1 50/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, po1tanto, seria contraditório garantir a tutela jurisdicional executiva de quem não promoveu execução nenhuma (à espera da execução coletiva a ser aj uizada pelo ente considerado legitimado após a discussão a esse respeito) e negar justamente aos que, com a permissão da lei, decidiram executar individualmente.

3 1 3

FREDIE 0JOfER JR. E HERMES ZANETI JR.

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.

2. O PEDIDO NA AÇÃO COLETlVA

2 . 1 . Interpretação do pedido

Segundo o que dispõe o art. 293 do CPC, a interpretação do pedido deve ser restritiva (art. 293 do CPC).72 "Interpretar restiitivamente o pedido é tirar dele tudo quanto nele se contém e só o que nele se contém, sem que se possa ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou por consideração outra qualquer de caráter hermenêutico. Compreendido no pedido só o que expressamente contiver, não o que possa, vi1tualmente, ser o seu conteúdo".73

Há uma ponderação de Pontes de Miranda sobre a regra da interpretação do pedido que deve ser reproduzida: "Limitado ao ato processual do peclido, parte central, porém só parte, da invocação do juízo, de modo nenhum seria autorizada a aplicação do art. 293 à interpretação das leis. Por outro lado, os próprios arts. 286-294 não são de interpretação estrita".7"

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América adota, porém, solução diversa para as demandas coletivas: "Art. 10. Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente". Também essa é a solução proposta pelo CBPC-JBDP: "Art. 5° Pedido e causa de pedir Nas

-

ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido".

A proposta é interessante e merece aplauso. É preciso, porém, fazer uma observação: a interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir só será lícita se, antes, em homenagem aos princípios da cooperação e do contraditório, o magistrado der às partes oportunidade para manifestar-se sobre essa nova concepção.

Sem essa providência, a decisão poderá ser invalidada. Bem. a propósito, o nº 3

do § 1 39 da ZPO Alemã: "(2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão

numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale 72. Art. 293: "Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros lega is".

73. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8' ecl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 209.

74. MTRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3'. ed. Rio de

.Janeiro: Forense, 1 999, t. 4, p. 82.

 para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes".

Nesse sentido, cabe notar o sistema proposto por Antonio Gidi (CM-GIDI -

anexo). A redação sugerida, muito embora seja radicalmente inovadora, enseja críticas, quanto ao caráter mais ou menos arbitrário da escolha do juiz, e possibilita, de certa forma, a leitura no sentido de o juiz alterar de ofício e isoladamente o objeto do processo (crítica já observada por Daniel Mitidiero,

mas que não resiste ao cotejo sistemático).

Em dezembro de 2004, sob os auspícios do MPF e da Escola Superior do MPU, bem como, do Curso de Pós-Graduação Processo e Constituição da UFRGS (Coordenado pelo Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira) foi realizado evento de discussão e debate, em Porto Alegre/RS, sobre o modelo proposto por Antonio Gidi, ocasião em que foram efetuadas essas críticas.

Poderia influenciar positivamente o nosso inteiro sistema processual (ampliando-se para além do processo coletivo sua utilidade e importância, principalmente nos litígios de interesse público relevante):

Artigo 7. Objeto do processo coletivo

7. O objeto do processo coletivo será o mais abrangente possível, abrangendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independentemente de pedido, incluindo tanto as pretensões transindividuais de que seja titular o grupo como as pretensões individuais de que sejam titulares os membros do grupo (vide arts. 9, TI, 1 0.3 e 1 6).

Artigo 9. Saneamento

9. Encerrada a fase postulatória, e ouvidos as partes e intervenientes, o j uiz, em decisão fundamentada:

1 1 . Demarcará o objeto do processo coletivo da forma mais abrangente possível, independentemente de provocação (vide arts. 7 e 1 6);

Artigo 10. Poderes do Juiz

1 0.3. O juiz poderá separar os pedidos ou as causas de pedir em ações coletivas distintas, se a separação representar economia processual ou facilitar a condução do processo coletivo (vide arl. 7);

1 0.6 As decisões do juiz poderão ser modificadas a qualquer tempo durante o processo, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado;

Artigo 1 6. Sentença coletiva

1 6. A sentença coletiva julgará a controvérsia coletiva daforma mais ampla possível, decidindo sobre as pretensões individuais e lransindividuais, declaratórias, constitutivas e condenatórias, independentemente de pedido, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado (vide arts. 7 e 9,11).

315

Faz-se relevante ao ponto notar que, no CPC português a proposta de permitir a ampliação dos poderes do juiz no controle do abuso dos direitos das partes já indica a possibilidade de alterar o processo para preservação da sua finaLidade pública, por decisão do juízo, respeitada a máxima da cooperação entTe órgão judicial e partes (exemplo claro do modelo processual defendido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira - o formaLismo-vaiorativo). Tudo desde que, por óbvio, não ocorra ou implique convolação para relação jurídica diversa da controvertida ou surpresa das partes.

Na percuciente lição: "Entendo tratar-se aqui de efetividade virh1osa porque a flexibilização sugerida encaminha uma solução conveniente para a clara tensão verificada entre o direito processual e o direitq material. Pense-se como a satisfação deste correria o risco de se prolongar, às vezes de maneira insustentável, por considerações puramente formais, dando lugar a incertezas e injustiças.E sabemos nós, os operadores práticos do direito, como é dificil na tensão carregada da atmosfera do processo articular de modo correto o pedido ou a causa pelendi, cuja extensão e alcance só podem ser adequadamente aquilatados no final da instrução, ou mesmo depois de pro latada a sentença. Quantas vezes os advogados não arrancam os cabelos e os bons juízes se desesperam ao constatar que anos de trabalho foram perdidos por incorreta formulação do pedido inicial ou em conseqüência de deficiências na fixação do fato jurídico fundamental".75

O núcleo da idéia é preservar o contraditório preventivo, antes de decidir surpreendendo as partes o juiz deve advertir que poderá seguir esse caminho (não haveria novidade em nosso sistema, basta confrontar o regime legal do reconhecimento da prescrição intercorrente nas execuções fiscais). De resto se evitaria os famigerados juízos de "terceira via", sem dúvida, arbitrários por natureza.

2.2. Ampliação e aditamento do pedido

É\ direito processual do autor promover a alteração (substituição) dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) antes da citaçã.o do réu (art.

264 do CPC).76 Após a citação, o autor somente poderá fazê-lo com o consentimento do demandado, ainda que revel (art. 3 2 1 do CPC), que terá novo prazo de resposta, pois a demanda terá sido alterada. Trata-se de verdadeiro negócio jurídico processual. A negativa do réu deve ser expressa, pois o silêncio,

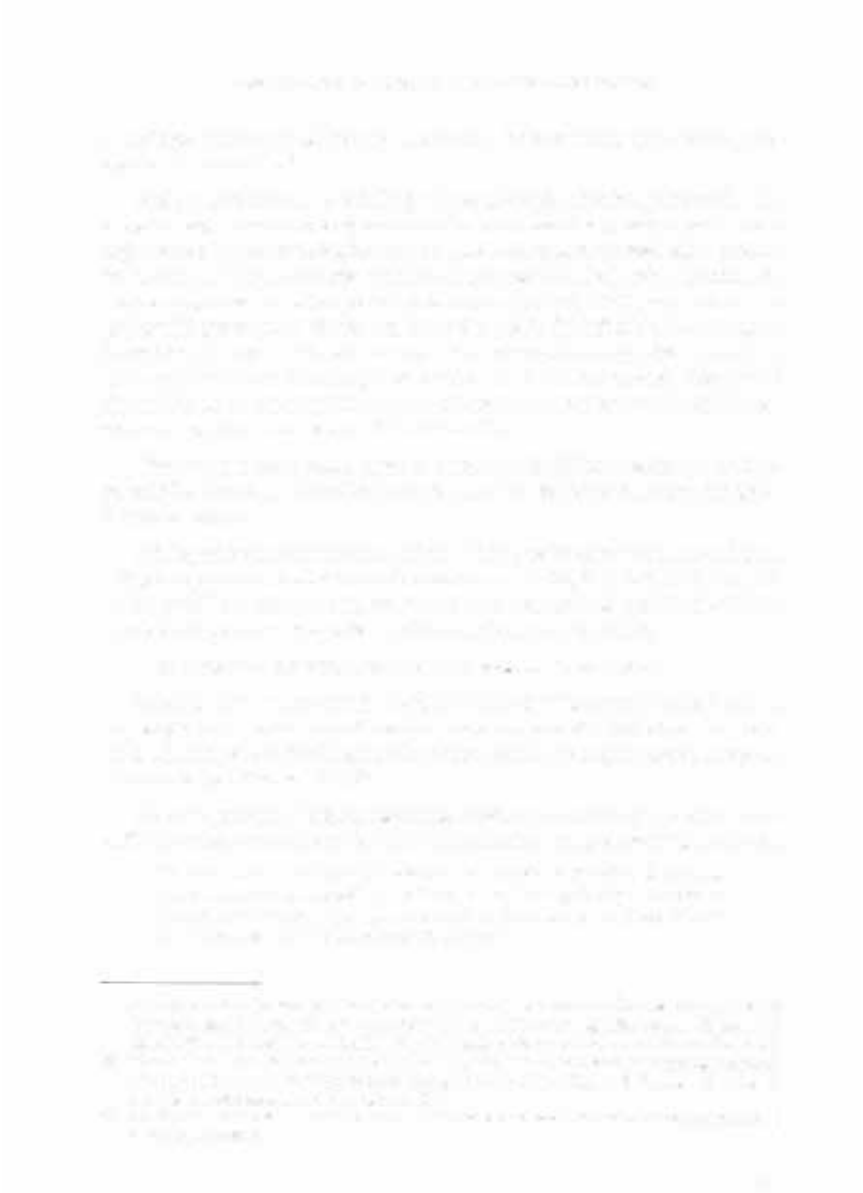
após intimação da proposta de mudança, poderá ser interpretado como concordância tácita, operando-se a preclusão (art. 245, CPC).77 Há entendimento segundo o qual 75. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e processo de conhecimento". ln: Do formalismo 110

processo civil, 2' ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

76. "An. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas panes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A ahera

ção do pedido ou da causa de pedir cm nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo'".

77. ·'Apresentada petição pelo autor, em que se altera a causa de pedir, e nenhuma objeção apresentando o réu, 3 1 6



a mudança objetiva ex officio pelo magistrado deve ser impugnada, sob pena de operar-se a preclusão.78

Após o saneamento, é vedada qualquer alteração objetiva promovida pelo autor, mesmo com o consentimento do réu. Em razão disso, não se pode alterar objetivamente o processo em fase recursai, até mesmo para que não haja supressão de instância. A única alteração objetiva do processo possível após o

saneamento é a que ocorre em razão da oposição interventiva (art. 59, CPC), que, além de ser promovida por terceiro, deverá ser feita até o início da audiência de instrução e julgamento (sobre a distinção entre oposição interventiva e oposição autônoma, ver o capítulo sobre intervenção de terceiro no v. 1 deste Curso). Trata-se de dispositivo legal que compõe o quadro das normas que regulam a estabilização do processo, junto com os arts. 87 e 294 do CPC.

Observadas estas regras, é possível a alteração do objeto imediato ou mediato do pedido. Eventuais correções de erros materiais da demanda podem ser feitas a qualquer tempo.

Há dispositivos normativos no próprio Código de Processo Civil que mitigam o rigor do princípio da estabilidade objetiva: arts. 303, 32 1 , 462, 5 17, 584, III, todos permitindo certas inovações na causa, notadameote no que diz respeito ao aporte de fatos novos que podem influir no julgamento do mérito.

O regramento é diferente em relação ao aditamento do pedido.

Salvo os casos em que se admite pedido implícito, incumbe ao autor formular na petição inicial todos os pedidos que puder contra o réu. Poderá o autor, contudo, aditar a petição inicial antes da citação, desde que arque com as custas do aditamento (art. 294 do CPC).79

Note-se que há um descompasso injustificado com a norma que permite a alteração do pedido, que pode ser feita depois da citação, com o consentimento do réu.

Embora a norma vise impedir, de certo modo, a ampliação do objeto do processo com o acréscimo de novo pedido, há inúmeras situações em que o objeto do processo é ampliado ulteriormente: a) reconvenção; b) pedido contraposto; e) oposição; d) denunciação da lide; e) ação declaratória incidental.

que, ao contrário, cuida de negar-lhe o fundamento, é de admitir-se que consentiu na alteração. úicidência da ressalva contida no art. 264 do CPC". (STJ, 3" T., Resp 2 1 .940-5-MG, rei. Min. Eduardo Ribeiro, DJU

08.03. 1 993, p. 3 1 14, colhida por Theotônio Negrão, Código de Processo Civil, nota. 1 O" ao art. 264, CPC).

78. "Constitui nulidade relativa a alteração do pedido ex oj]icio pelo juiz. Caso não haja impugnação oportuna, ocorre preclusão". (JTA 90/3 4 1 ; colhida e anotada por Nery .Jr. e Nery, Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor, p. 706).

79. Art. 294: "Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa".

Cabem, no particular, algumas críticas ao legislador.

Não se nega impo1tância à estabilidade do processo. Sucede que o rigor preclusivo do dispositivo não pode ser levado às últimas conseqüências: não há, em tese, qualquer prejuízo a uma alteração objetiva do processo com a concordância das partes, até mesmo após o sanearnento. Se existir, o prejuízo deverá ser verificado in concreto e não presumido pelo legislador.

A rigidez deste artigo coaduna-se com o espírito das legislações do século XIX, denotando formalismo desnecessário. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira lembra de alguns dispositivos do direito estrangeiro, que podem servir como referência: a) legislação processual alemã, onde se permite a modificação da demanda, independentemente da anuência do adversário, se entendido estar presente o requisito da utilidade para a causa; b) legislação processual austríaca, que autoriza o magistrado a permitir a modificação da demanda se não conduz ao "agravamento" do desenvolvimento do processo; c) extenso regramento do Código de Processo Civil Português sobre o assunto (arts. 270-273), que permite a modificação/ampliação consensual do pedido ou da causa de pedir em qualquer altura do processo, salvo se ocorrer perturbação inconveniente da instrução, discussão e julgamento do pleito.80 Percebe-se que a análise da utilidade/viabilidade da alteração do objeto do processo deve ser transferida ao magistrado, que as verificará em cada caso concreto que lhe for submetido. Parte-se de premissa exatamente contrária à do nosso Direito: é interessante, a princípio, a alteração consensual, salvo se não o for concretamente.

Em franca abertura frente ao modelo tradicional o CM-GIDI propõe, no sistema já referido (art. 7), um empoderamento do órgão judicial.

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América adota solução também mais ampliativa: "Art. 1 0. (.) § 1°. Ouvidas as paJtes, o juiz permitirá

. .

a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. § 2°. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado".

Em sentido semelhante, o CBPC-UERJ/UNESA: "Art. 1 5 . Pedido. O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contrnditório seja preservado".

80. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento, p. 6 1 -62.

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) O CBPC-IBDP adota solução parecida: "Ali. 5°, parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a pro lação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, observado o parágrafo 3° do artigo 1 0".

Cabem algumas observações sobre as propostas apresentadas.

a) Note o leitor que a principal diferença entre as propostas diz respeito ao limite temporal para a alteração objetiva do processo. Parece-nos que a melhor solução é a do Código Modelo para a lbero-América: não deve haver limite temporal máximo estabelecido a priori. A possibilidade e a utilidade da alteração devem ser averiguadas in concreto, a posteriori, pois.

b) Em todas as propostas, faz-se questão de frisar que, em qualquer situação, é preciso preservar os princípios da boa-fé e do contraditório. O CBPC-IBDP

chega a determinar o prazo de dez dias para a manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda.

c) O CBPC-IBDP não prevê, porém, a possibilidade de ampliação do pedido, omissão que não se justifica.

2.3. O pedido de indenização por dano moral coletivo

A questão apresenta matizes polêmicos. Muito embora exista previsão normativa expressa da possibilidade de dano moral ou extrapatrimonial coletivo, consoante se depreende da parte final do art. 1 º da Lei Federal nº 7.347/85,81 a doutrina questiona a sua viabilidade.

Primeiramente, a tese favorável defendida, entre outros, por José Rubens Morato Leite, André Ramos, Gisele Góes82 e Carlos Alberto Bittar Filho.

Na investigação do tema é importante apontar a circunstância de que a reparação do dano moral hoje é admitida para as pessoas jurídicas. "Não possui a pessoa física um monopólio sobre a reparação por dano moral".83 Não ser possível

restringir o dano moral às pessoas físicas é o primeiro passo para a constatação 8 1 . Parte da doutrina prefere a expressão "extrapatrimonial" por mais abrangente. Cf. LEITE, José Rubens Moral.o. Dano Ambiental: do individual coletivo ao extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 270.

82. 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 .

83. RAMOS, André de Carvalho. "A ação civil pública e o dano moral coletivo". Revista de Direito do Co11-s11111idm: São Paulo: RT, 1998, v. 25, p. 8 1 .

da possibilidade de dano moral sofrido por um ente despersonalizado, inclusive pelos titulares de direitos difusos (agrupamento humano).

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".84

"A coletividade - ou comLLDjdade - é 'um conglomerado de pessoas que vivem num detenninado território, unidas por fatores comuns', ou, ainda, 'uma sociedade localizada no espaço, cujos membros cooperam entre si (com divisão de trabalho), seja urilitaristicamente (para obter melhores, mais eficientes resultados práticos, reais), seja eticamente (tendo em vista valores humanos - familiais, sociais, jurídicos, religiosos etc.)'. Dessas definições ·- máxima da segunda - exsurgem 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 in.divíduos, tem uma dimensão ética. Mas é essencial que se assevere que a citada amplificação desatrela os valores coletivos das pessoas integrantes da comurudade quando individualmente consideradas. Os valores coletivos, pois, dizem respeito à comunidade como um todo, independentemente de suas partes. Trata-se, dest.arte, de valores do corpo, valores esses que se não confundem com os de cada pessoa, de cada célula. de cada elemento da coletividade".85

"(...) 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 valorarivo 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".86

Três espécies de lesão a direitos difusos revelam com bastante facilidade a ocorrência de dano moral coletivo: a lesão ao meio-ambiente,87 aos direitôs dos trabalbadores88 e ao patrimônjo histórico.

84. RAMOS, André de Carvalho. "A ação civil pública e o dano moral colerivo", cit., p. 83.

85. BllTAR FILHO, Carlos Albeno. "Do dano moral coletivo no atual contexto

jurídico brasileiro". Revista de Direito do Co11su111ido1: São Paulo: RT, 1994, v. 12, p. 50.

86. BllTAR FILHO, Carlos Alberto. "Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro". Revista de Direito do Co11s11111ido1: São Paulo: RT, 1994, v. 12, p. 55.

87. Conferir a excelente lese de doutorado do Prof. José Rubens Morato leite, eo-orientada por J.J. Gomes Canolilho da Universidade de Coimbra. LEJTE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapalrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 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". (BllTAR FILHO, ob. eit., p. 55-56).

88. Como será visto no tópico sobre as demandas coletivas e o direito do trabalho, inclusive com apontamento 320

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL)

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 (trata-se de patrimônio histórico nacional), em razão da danificação do sitio arqueológico que abrigava as ruínas de uma das primeiras igrejas do Brasil. O interessante, no particular, é que a reparação dos danos morais pode dar-se na forma do equivalente pecuniá1io (funcionando, assim, como verdadeira punição) e também na forma específica, ou seja, a

reparação dar-se-ia pela restauração do patrimônio histórico.

É preciso, contudo, estabelecer o contraponto, esposado entre outros por Teori Albino Zavascki89 e Rui Stoco.90

Para estes autores, embora não exista dúvida quanto à possibilidade da 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, 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".91

A tese da impossibilidade do dano moral nas ações coletivas já vem encontrando 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 ele dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibi 1 idade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido".

(STJ, l ª T., REsp 598.28 1/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, rei. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki,j. em 02.05.2006, publicado no D J de 0 1 .06.2006, p. 147).

Por outro lado, há exemplos da necessidade de não "fechar o sistema" para a condenação em danos morais coletivos,92 sempre que for necessário recompor o sentimento do grupo, da coletividade em sentido amplo, determinando uma de algumas decisões já proferidas.

89. ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e 1111ela coleliva dos direitos.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 48-50.

90. STOCO, Rui. Tralado de responsbilidade civil: com comentários ao Código Civil de 2002. p. 855-857

apud ZAVASCKJ, Teori Albino, Processo Cole!ivo, p. 49-50.

9 1 . ZAVASCKf, Teori Albino, Processo Colelivo, p. 50.

92. A boa doutrina aponta a forte característica de abertura sistemática da responsabilidade civil, cf.

VIEHWEG, Tópico y jurisprudencia, p. 277; ALEXY, RoberI. EI concepto y la validez dei derecho, 2 ed.

Trad. Jorge M. Sefia. Barcelona: Gedisa, 2004. criação judicial do direito, p. 1 7-1 9.



são que represente ao mesmo tempo reptimenda, compensação e indique w11a gramática de coexistência para a sociedade atual, caráter eminentemente educativo.

Esse j ustamente é o caso da belíssima decisão de relatoria do Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, do TRF 4ª Região, na qual restou configurada a lesão extrapatrimonial ao direito de comunidade indígena pela reverberação de ofensas discriminatórias perpetrndas por vereador. A erudita decisão, na ação

civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, demonstra a indissociável ligação entre a efetividade da norma constitucional e a superação da visão individualista do direito.93 A verificação da ocorrência do dano dependerá, por

93. "ADM1NISTRATIVO. AÇÃO CIVIL. PÚBLICA. ll'ffER.ESSES DIFUSOS. OFENSA MORAL.

COMUNIDADE INDÍGENA. INVIOLABlLIDADE PAR.LAMENTAR. 1. No caso dos autos, vislumbra

-se a ocorrência de manifestações de ctmho discriminatório, que, por via de conseqüência, ofendem a honra e dignidade da Comunidade Indígena Toldo Chinbangue. Destarte, assiste razão o pleito de indenização por danos morais. 2. No locante à vereança, a imunidade material está adstrita ao exercício do mandato parlamentar. 3. No que concerne à legitimidade ela Sociedade Jornalística, bem anelou o ilustre Magistrado em reconhecê-la, à luz do disposto no art. 49, § 2º, da Lei nº 5.250/67 e na Súmula 221 do Eg. STJ. - É de ser rejeitada, também, a alegada imunidade do apelado Amarildo, em razão de sua condição de Vereador. - Ora, os fatos perpetrados pelo apelado aão guardam relação de causalidade com o exercício da função parlamentar, não podendo, portanto, servir de pretexto à incidência do disposto no art. 29, VTll, da CF/88. - Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência do Eg. STJ, vcrbis: "RHC. CONSTITUCIONAL. PENAL. IMUNIDADE.

VEREADOR.. Os vereadores, à semelhança cios deputados e senadores, ao exercício da respectiva atividade, gozam de imunidade a fim de ser desenvolvido, sem peias, o mandato. Cumpre desenvolvê-la na Câmara Mtmicipal. lnadequado, em princípio, valer-se da imprensa, no1adamente quando a referência desairosa a terceiros. (IU-IC 791 O, Processo nº 1 998.00.66798-9, rei. Luiz Vicente Cernichiaro, STJ, 6" Turma, decisão 25/11/1 998) - Ora, é inegável que, no contexto descrito na r. sentença, a fls. 1 64/5, a declaração do Vereador, bem como a charge publicada no Jornal Diário do Iguaçu, apresentaram caráter ofensivo à população indígena local, impondo-se a reparação pelo dano moral, sendo digno de louvor a atuação vigilante do Parquet. -A respeito, deliberou o Eg. STJ, verbis: - "CJVJL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEJ DE lMPR.ENSA. NO

TÍCfA JORNALÍSTICA. ABUSO DO DTREJTO DE NARRAR. ASSERTlVA CONSTANTE DO ARESTO

RECORRIDO. IMPOSSlBLLIDADE DE REEXAME NESTA LNSTÂNCLA. MATÉRIA PROBATÓR.lA.

ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULNSTJ. DANO MORAL. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DESNE

CESSIDADE. VIOLAÇÃO DE DIREITO. RESPONSABTLlDADE TARIFADA. DOLO DO JORNAL.

JNAPLlCABlLIDADE. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PRECEDENTES. RECUR

SO DESACOLHIDO. 1 . Tendo constado do aresto que o jornal que publicou a matéria ofensiva à honra da vítima abusou do direito ele narrar os fatos, não há como reexaminar a hipótese nesta instância por envolver análise das provas, vedada nos tennos do enunciado nº 07 da Slimula/ST.J. 2. Dispensa-se prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vez é de difícil constaiação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo - seu interior. De qualquer fonna, a indenização não surge somente nos casos de prejuízos, mas também pela violação de um direito. 3. Agindo o jornal internacionalmente, com o objetivo de deturpar a notícia, não há que se cogitar, pelo próprio sistema da Lei de Imprensa, de responsabilidade tarifada. 4. A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constih1ição de 1988, não se podendo admitir, no tema, a interpretação da lei conforme a Constituição." (R.Esp nº 85019, Processo nº 1 996.00.00726-8, STJ, 4ª tunna, Rei. Salvio de figueiredo Teixeira, DJ 1 8. 1 2 . 1998, pg. 2 9 1) - Adernais, in casu, aão há sequer violação à liberdade de imprensa, garantida pelos arls. 5º, IX, e 220, caput, e § Iº, todos da CF/88, pois tais garantias constitucionais encontram limites na própria Lei Maior quando comc1idos abusos, como no caso em apreço. -Nesse sentido, é bastante a leitw'll dos depoimentos de fls. 1 1 6/ 1 2 1 , para a constatação do dano ocasionado à comunidade indígena local. -Ao proferir o seu voto na Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgamento Chambers v. Florida, 309 U.S. 227, em 1 940, assinalou o Justice Hugo Black, verbis: - "Under 322



 óbvio, da análise acurada do caso concreto, em busca da i dentificação do dano que seja significativo e que efetivamente "ultrapasse o limite de tolerabilidade"

do direito a ser defendido.94

2.4. Ações coletivas e o controle de constitucionalidade

H á uma grande discussão douh·inária 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 declaração de inconstitucionalidade feita pelo STF, em controle concentrado. Essa é a questão de fundo da polêmica.

our constilulional system, courls stand against any winds that blow as havens of refuge for those who might otherwise suffer because they are helpless, weak, outnumbered, or because lhey are nonconforming victims of prejudice and public excitement. Due process or law, preserved for ali by our Constitulion, commands that no such practice as that disclosed by this recorei shall send any accused lo his deatb. No higher duty, no more solemn responsibility, rests upon this Court, than that oftranslating into living law and maintaining this constitutional shield deliberately planned anel inscribed for the benefit of every human being subject to our Constitution - of whatever race, creed, or persuasion." (ln Mr. Justice Black and the Bill of Rights, by Irving Dilliard, New York, 1963, p. 69)- Em outra obra, o mesmo Justice 1-lugo Black acrescentou, verbis: - "Creio ter deixado clara a minha convicção de que a Constituição garante absoluta liberdade de palavra, e não hesitei em aplicar a Primeira Emenda para proteger idéias que detesto. Tenho também votado, constantemente, na Corte para anular, por inconstitucionais, todas as leis contra a obscenidade e a difamação. Ao assegurar absoluta proteção à liberdade de palavra, entretanto, tive sempre o cuidado de estabelecer diferença entre palavra e conduta. Assim, logo no princípio do meu voto vencido, no caso Beauharnais versus Illinois, 343 U.S. 250, julgado em 1952, assinalei que 'a condenação assenta no conteúdo do panfleto, e não na época, no modo ou no lugar da sua distribuição'. Tal distinção, a que desejo devotar o restante deste capítulo, foi muito bem descrita pelo Juiz Douglas, no seu voto vencido, no caso Roth versus Uni teci States, 354 U.S. 476 (1957), no qual declarou: 'A liberdade de expressão pode ser suprimida, se e na medida em que estiver tão intimamente unida à ação ilegal, seja parte inseparável dela'." (ln A Constitutional Faith, Alfred A. Knopf, New York, 1 968, p. 53) - Dessa forma, sendo incontroversos os fatos alegados na inicial, impõe-se o provimento do apelo, condenando os apelados no pagamento da quantia de R$ l 00.000,00 como reparação por danos morais à comunidade indígena, atualizados monetariamente desde a citação, juros de mora, a partir da citação, na forma postulada à fl. 16, "a" e "b", acrescido das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação. 4. Provimento da apelação." (TRF4, AC 2002.72.02.000898-6, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores

Lenz, publicado em 17/12/2003).

94. LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, p. 322. A questão do dano moral coletivo vem sendo enfrentada também na Argentina, Lorenzetti, referindo-se a senten

ça "Municipalidad de Tandil c/ Transporte Automotores La Estrella AS y oiro", explicita que: "Hay dano colectivo cuando se lesiona un interés difuso, que afecta a toda la comunidad. Este dano, que revela una realidad grupal, ticne autonomia y puede o no concurrir con los danos inclividuales, siendo su titular la comunidad y e! legitimado el Estado, quien ejerce el rol de demandante. La noción de dano moral, si bien se encuentra vinculada con e! concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, afecciones o tranquilidad anímica, también ticne un "matiz social" en la medida em que nace de las relaciones de la persona con su ambieute o circunstancia físico-natural. En consecuencia, e! daiio moral colectivo es el que compreende a "un grupo o categoria que, colectivament:e y por una misma causa global, se ve afectada en derechos o interesses de subida significación vital que, sin duela, son tutelados de modo preferente por la Constitución y la ley". LORENZETII, Ricardo Luís. Justicia Colectiva. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 20 l O, p. 301 -302.

FREDIE ÜJDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

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).95

Em particular, a tese do Min. Gil mar 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 idéia 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).96

O STF, no entanto, em j ulgamento 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, rei. 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 á 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. 1 02, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir deteiminado 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. 1 02 , !, a), quer na via difusa, incidenter tem/um, 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, incidenler lantum, de lei ou ato normativo federal ou local. .. "

Ou seja, são requisitos para que se trate de controle difuso: a) que não se identifique na controvérsia constitucional o objeto único da demanda; b) que a questão de constitucionalidade verse e atue como simples questão prejudicial; c) 95. A LMETDA, João Batista de. Aspectos conrrovertidos da ação civil pública. São Paulo: RT, 2001, p. 68, nota 62.

96. MENDES, Gil mar Ferreira. "Ação civil pública e controle de constitucionalidade". ln: Aspectos polêmicos da ação civil pública. WALD, Arnoldo (org.). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1 5 1 - 165. A idéia 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 vênia, 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 uma espécie de slare decisis mitigado em nosso sistema. Sobre a "objetivação do controle difuso", ver o v. 3 deste curso, em tópico destacado no capítulo sobre o recurso extraordinário.

324

concreta e específica; d) apresente-se como causa de pedir e não como pedido a matéria constitucional.

Daí se podendo extrai.!· as seguintes e importantíssimas conseqüências: a) a inocorrência de coisa julgada sobre a questão prejudicial (art. 467, III, do CPC); b) a inocon-ência de exclusão da norma impugnada incidenter tanlum do ordenamento de direito positivo.

É o que consagra o CBPC-IBDP, no parágrafo único do art. 3º: "Parágrafo único. Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso". Assim, também, o par ún. do art. 2° do CBPC-UERJ/UNESA.

O anteprojeto de reforma do Código de Defesa do Consumidor também alberga esse entendimento, no art. 8 1 , §3°: "A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso".

Nas Rei 1 503/DF, rei. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 1 7 . 1 1 .20 1 1 , e Rei 1 5 1 9/CE, rei. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ o acórdão Min.

Dias Toffoli, 1 7. 1 1 .20 1 1 , 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 1 ° instância, de competência originária do STF para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 1 02, 1 , 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 9.688/98, levado a efeito mediante portarias do Ministro de Estado da Justiça; e b) declaração incidenler lan/11111 de inconstitucionalidade da Lei 9.688/98(cf.

informativo STF nº 261). Destacou-se que a declaração de inconstitucionalidade postulada nos autos da ação civil pública ·não se traduziria em mero efeito incidental, porém, constituir-se-ia no pedido principal deduzido pelo autor da

demanda, cujo objeto final seria a pura e simples declaração de inconstitucionalidade da lei.

Nelson Nery Jr. distingue muito bem as situações:

"AACP pode ter como fu11damento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

O objeto daADln é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia erga omnes da coisa julgada. Assim, o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstin1cionalidade de lei, enquanto o pedido na AD ln será a própria declaração de inconstitucionalidade da lei. São inconfi.mdíveis os objetos da ACP e da AD ln. Como a competência para o processamento e julgamento da ADln é do STF (Cf 1 02 1 a), não pode ser feito pedido na ACP de declaração, em abstrato, 325

da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Caso isso ocorra, terá havido invasão da competência do STF, cabendo reclamação junto ao Pretório Excelso . . . "91

2.5. Ação coletiva em matéria tributária e previdenciária

A questão da discussão da inconstitucionalidade do tributo em ação coletiva, além do problema aventado, passa também pela natureza dos direitos em jogo

(dos contribuintes), que, sendo disponíveis, não poderiam ser alvo de uma demanda proposta pelo Ministério Público. 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. 5°, II. da LC 75/93, cabe ao MPF zelar pela observância do sistema tributário nacional. Assim, 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 cont1ibuintes: 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).98

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:

"Constitucional. Ação civil pública. I mpostos: IPTU. Min istério Público: legitimidade. Lei 7.347, de 1 985, art. 1°, li, e art. 2 1 , com a redação cio art. l 1 7

da Lei 8.078, de l 990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1 993, art. 25. CF, aris. 1 27 e 1 29. lll.

1 - A ação civil pública presta-se à defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.347/85. art. 1°, II, e art. 2 1 , com a redação do art. 1 1 7 da Lei 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei 8.625, de 1 993, art. 25.

li - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa desses direitos, legitimado o Ministério Público para a causa. CF, art. 1 27, capw. e art. 1 29, III.

IH - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso

97. 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. 1328.

98. ALMEIDA. João Batista de. Aspectos controvertidos da oção civil pública. São Paulo: RT. 2001, p. 65-66.

PROCESSUAL) o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando

-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.347/85, art. !º, II, art. 2 1 , redação do art. l 1 7 da Lei 8.078/90; Lei 8.625/93, art. 25, IV; CF, art. 1 29, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis" (CF, art. 1 27, caput)".

Sobre esse posicionamento, manifestou-se João Batista de Almeida:

"Deve ser observado que a ação, no caso concreto, continha dois pedidos, um de natureza coletiva - a impugnação da cobrança em favor de toda a categoria de contribuintes do município - e outro individual homogêneo - o pedido de restituição do imposto indevidamente pago. Para o pleito difuso ou coletivo, via ação civil pública, não há necessidade de caracterizar-se relação de consumo, nem condição de consumidor dos contTibuintes. Isso só deve ocorrer no pleito dos direitos individuais homogêneos ... acaso não teria o MP legitimidade para formular pedido de natureza coletiva?

(...)

O acórdão do STF anteriormente transcrito está em total desconformidade com a melhor doutrina, ao dar o mesmo tratamento a pedidos de natureza diversa -

coletivo e individual homogêneo - e reconhecer a inadequação onde não existe e negar a legitimidade ao Parque/ em matéria em que ela está patente".

De ver-se que, contraditoriamente, no caso do aumento abusivo das mensalidades escolares, os direitos individuais homogêneos (rectius: coletivos) foram considerados subespécies de interesses coletivos, situação que era idêntica à dos contribuintes, que, no entanto, lograram tratamento diverso.

Na sustação da cobrança do tributo indevido (pedido coletivo), como se percebe, há manifesto interesse social evidenciando pela dimensão e característica do dano, posto que este atinge uma gama enorme de pessoas de determinado município, altamente dispersas, bem como está presente a relevância social do bem jurídico que se busca proteger - a ordem jurídica tributária . . . " 99

Há longa decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no julgamento do

Resp 49.272-6-RS, rei. Min. Demócrito Reinaldo, j. 2 1 .09. 1 994, em que se admite a possibilidade de ação civil pública em matéria tributária. No entanto, a orientação deste 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, editou o Presidente da República a Medida Provisória nº 2. 1 80-35, de 24 de agosto de 200 1 , acrescentando um parágrafo único ao art. 1 º da Lei Federal nº 7.347/85, 99. ALMEIDA, João Batista de. Aspectos controvertidos da ação civil pública. São Paulo: RT, 2001, p.

7 1 .

que expressamente veda a possibilidade da promoção de ação civil pública em matéria tributária.

Sobre esse dispositivo, já se manifestou pela sua inconstitucionalidade, corretamente, Nelson Nery Jr.:

"Ainda que se entenda que a norma comentada apenas limitaria o pedido judicial, na verdade proíbe o ajuizamento de ação coletiva nos casos em que

enumera. É

flagrante a inconstitucionalidade, notadamente porque a nonua é oriunda do Chefe do Poder Executivo federal, que legisla em causa própria e proíbe que o Poder Judiciário examine pretensões coletivas contra atos dele, Poder Executivo. A proporcionalidade, a razoabilidade e a moralidade administrativa (CF 37 caput) são desrespeitadas pelo parágrafo incluído pela MedProv 2 . 1 80-35 6º. 100

Para Marcelo Abelha Rodrigues, a hipótese consiste em exemplo claro de

"impossibilidade jurídica do pedido"1º1 o que, nessa ordem de raciocínio, permitiria a extinção do processo sem resoluçã.o do mérito (art. 267, caput, com redação da Lei L 1 .232/05).

Ao que parece, porém, não se aplica a limitação do art. 1 º, parágrafo único, da LACP, ao mandado de segurança coletivo. Isto porque h istoricamente o mandado de segurança atua como açã.o 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 ape1rns pela ilegitimidade dos partidos políticos para defesa de direitos dos contribuintes:

"Constitucional. Processual civil. Mandado de segurança coletivo. Legitimidade ativa ad causam de partido político. Impugnação de exigência tributária. 1PTU. J . Urna 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

2 1 3.63 1 , rei. Min. limar 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, 1 º T., RE nº 1 96.1 84/AM; rei.

Min. EUen Gracie, j. 27.1 0.2004, publicado no DJ de 1 8.02.2005, p. 6).1º2

100. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil comen1ado e legislação processual civil em vigo1: 6' ed. São Paulo: RT, 2002, p.

1332.

1 O 1 . RODR.IGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente, p. 136.

102. Este parece ser também o entendimento do STJ: "RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

- TR.l BUTÁRlO E PROCESSUAL - LEGITlMAÇÃO ATIVA - SINDICATOS - PROVA DE EXIS

TÊNCIA E FUNCIONAMENTO HÁ MAIS DE UM ANO - ART. 5°, LXX, "B", da CF/88 - MAN

DADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO CONTRA LEJ EM TESE - CONTRJBUIÇÃO PARA O

FUNDO ESTADUAL DE TRANSPORTE E HABITAÇÃO - FETHAB - NATUREZA NÃO TRIBU

TÁRIA. l . Doutrina e jurispmdência 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 beneficio fiscal aos contribuintes, estabelecendo ato de natureza vinculada à Administração, com efeitos concretos e imediatos, e dan-328

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) É b<?m lembrar que, a despeito de regra expressa, a matéria ainda não está pacificada nos tribunais pátrios. Com o advento de novos julgadores na composição do STF o quadro poderá sofrer alterações também na Corte Suprema. Por outro lado não são poucos os precedentes admitindo ações coletivas em direito tributário e previdenciário nos diversos tribunais do país, inclusive nos TRF's.

Existe mesmo agora uma contraposição virtual entre a Y e a 6ª Turmas do STJ, como podemos aferir do julgado abaixo que entendeu legitimado o Ministério

Público para a tutela dos direitos previdenciários mediante ação civil pública:

"RECURSO ESPECIAL. D IREITO PREVIDENCIÁRlO. PENSÃO POR MORTE.

RELACIONAM ENTO HOMOAFETJVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO

DO BENEFÍCIO. MIN!STÉRJO PÚBLICO. PARTE LEG ÍTIMA. 1 - A teor do disposto no ar/. 127 da Constituição Federal, 'O M inistério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.' ln casu, ocorre reinvindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez. 2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutil mente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexprimir, no dizer peculiar de Pontes de Miranda, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes. 3 - A pensão por morte é: 'o beneficio previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes.' (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de beneficios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed.

Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004, p.25 1). 4 - Em que do 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 Habita

ção - 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. 3°

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 saida 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 beneficio do diferimento do ICMS, principalmente em se tratando de hipótese de renúncia fiscal. 6. Recurso ordinário improvido." (23 T., RMS nº

1 8.971/MT, rei. Min. ELIANA CALMON,j. em 20.10.2005, publicado no de DJ 14. l 1 .2005, p. 233).

pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, § 3°, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Fede�al não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pret:ório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capílulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do arl. 226, § 3° da Constituição Federal,

levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise. 5 - Diante do § 3° do art. 16 da Lei nº 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6 - Por ser a pensão por morte um beneficio previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988

que, assim estabeleceu, em comando específico: 'Art. 201 - Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos tem10s da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2°.' 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafctivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - 0utrossim, o próprio fNSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa nº 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de beneficio ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71 .00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento 9 - Recurso Especial não provido". (STJ, 6ª T., REsp nº 395.904/RS, Rei. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA,j. em 1 3 . 1 2.2005, publicado no DJ de 06.02.2006, p. 365).

A Y Turma do STJ mantendo e ampliando o entendimento do STF entende que: PREV1DENCI ÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MI

NISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. AÇÃO REVISIONAL DE

BENEFÍCIOS. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ASPECTO CONTRIBUTIVO.

AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. DIREITO DISPON ÍVEL. AGRAVO

INTERNO DESPROVIDO. 1 - 0 benefício previdenciário traduz direito

plenamente disponível, sendo defeso ao M inistério Público assumir a tutela incondicional dos beneficiários, olvidando-se do aspecto volitivo intrinsecamente relacionado na quaestio juris. IL - Ademais, vale acrescer que o ramo do Direito Previdenciário, cuja característica essencial é o aspecto contributivo, guarda profunda correla

ção com o Direito Tributário. Sob este enfoque, o Pretório Excelso, em recente julgado, sacramentou raciocínio no sentido de o Ministério Público não possuir legitimidade para propor ação civil pública objetivando a redução ou restituição de tributo, porque a relação j urídica tributária não retrata relação de consumo. li 1

- Indubitável, ainda, a importà.ncia do tema tratado, especialmente porque após o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, diversas controvérsias surgiram 330

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) e ainda surgirão quanto à classificação e conseqüente proteção ao CONSUMIDOR.

Todavia, para afastar qualquer dúvida residual sobre a sua conceituação, o artigo 2º da Lei 8.090/90 é claro, verbis: "Art. 2º - Consumidor é toda pessoa ftsica ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único - Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo." 1 V - Em conclusão, não há que se confundir ou transmutar o vínculo jurídico existente

entre a Autarquia Previdenciária e os seus beneficiários, com outras relações inerentes e típicas de consumo, pois a natureza e particularidades de uma não se confundem com a da outra. V -Agravo interno desprovido. (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 423.928/PR, rei.

Min. GILSON DI PP, j. em 23.09.2003, publicado no DJ de 20. 1 0.2003, p. 288).

3. ABANDONO EM AÇÕES COLETIVAS

O § 3ºdo art. 5° da Lei Federal nº 7.347/85 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 outTO legitimado assumirá o pólo ativo da demanda. A lei fala apenas de abandono da associação legitimada, mas se autoriza a interpretação extensiva: o abandono de qualquer colegitimado coletivo deve implicar sucessão processual, e não extinção do processo sem exame do mérito.103

Trata-se de dispositivo semelhante à antiga previsão da Lei Federal nº

4.7 1 7/1 965, a 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 magistrado determinar a publicação de editais para que outro cidadão ou o Ministério Público lhe suceda (art. 9°).

Aplica-se, ao abandono em causa coletiva, a regra do § 1 º do art. 267 do CPC, que determina a intimação pessoal do autor para, em quarenta e oito horas, 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 processo. 104

4. DESISTÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS

A desistência na ação civil pública tem regramento expresso. Quando a associação autora desiste da causa de forma infundada, autoriza-se que um outro colegitimado à propositura da demanda coletiva, inclusive o Ministério Público,

103. Em sentido diverso, adotando a interpretação literal, CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública. 4• cd. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.

2 1 0-21 l .

104. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Co111en1ários à lei de ação civil pública e lei de ação popula1: Susana Henriques da Costa (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 232.

331

suceda-a, assumindo a posição ativa da causa (art. 5°, § 3º, Lei Federal nº 7.347/85).

Confonne 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 ativo.105

O regrarnento é semelhante na ação popular (art. 9°), que, no entanto, não qualifica a desistência: qualquer uma, e não somente as infundadas, impõem a sucessão processual. O dispositivo da Lei de Ação Civil Pública 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 Público106 ou se ele não assumir a posição ativa do processo, após a desistência de outro colegitimado, deverá o membro do Ministério Público submeter 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. 9° da Lei Federal nº 7.3471 1985). 1º7

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. 267, § 4º, CPC). 108

5. A RECONVENÇÃO

O cabimento da reconvenção em ação coletiva não prescinde da análise de dois dos pressupostos gerais que autorizam a demanda reconvencionai: a) identidade ou compatibilidade de procedimento com a demanda principal; b) respeito à regra do art. 3 1 5, par. úo., CPC.

Em relação à compatibilidade procedimental, não haveria maiores empecilhos.

Mesmo se considerássemos que a ação coletiva tramita sob um rito especial - há 105. MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difi1sos em juízo. 1 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 294. Em sen1ido diverso, restringindo a in1erpre1ação, o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, do lns1itu10 Ibero-Americano de Direito Processual, arl. 3°, § 4°: ··Em caso de inexistência do requisito ela representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa tisica ou associação

legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível. outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação". Frise-se que, de acordo com esse anteprojeto, pessoas fisicas terão legitimidade coletiva.

106. Marcelo Abelha Rodrigues, abonando o pensamento de Nelson Nery Jr., defende que, se a desistência infundada for cio Ministério Público, e nenhum omro colcgitimado queira sucedê-lo, o magistrado pode submeter a conduta do membro do MP ao respectivo chefe, aplicando por analogia o disposto no an. 28

do Código de Processo Penal. (Ação civil pública e meio ambiente, cit., p. 8 1).

107. MAZZILLI, H ugo Nigro. A de/e:,a dos interesses difusos em juízo. cit., p. 295-300.

l 08. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Come111ários à lei de ação civil pública e lei de açcio popular, cit., p. 234.

quem afirme que a ação popular é exemplo de procedimento ordinário109 -, não haveria problema, desde que a reconvenção também fosse uma ação coletiva -

como seria o mesmo procedimento, o requisito da compatibilidade procedimental estaria preenchido. Por exemplo: o réu da ação popular reconvém deduzindo outra ação popular, afirmando que é o autor originário o responsável pelo dano ao erário ou ao meio-ambiente.

A situação muda de figura quando examinamos o outro requisito.

De fato, o parágrafo único do art. 3 1 5 diz que o réu não pode reconvir ao autor quando este demandar em nome de outrem (sic), ou seja, em linguagem mais técnica, quando o autor for substituto processual (legitimado extraordinário), exatamente o que ocorre em uma ação coletiva. Interpretando esse dispositivo, a doutrina concluiu que o réu, se quiser reconvir contra o substituto processual, deverá fundar o seu pedido ser o exercício de pretensão que tenha em face do substituído, desde que para tal ação subsista a legitimação extraordinária passiva do substituto."º Também assim a lição de Clito Fornaciari Jr. : "Se o substituto for autor, somente caberá reconvenção se o réu pretender postu.lar direito que julgue ter contra o substituído, mas que pela sua natureza comporte também defesa pelo substituto". 1 1 1

Pois bem.

Como o autor coletivo, embora demande em nome próprio, não demanda direito próprio, o demandado, de acordo com a regra acima apontada, somente poderia formular pretensão contra o "substituído", que, no caso, é a coletividade.

Não poderia, pois, formular pretensão contra o autor da ação coletiva, mesmo que seja conexa à ação principal.

Tivemos acesso a um caso interessante. 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 neste sentido que se posiciona Rodolfo de Camargo Mancuso:

"Na ação popular também não é de se admitir a reconvenção: conquanto possa haver conexão entre a matéria da ação e a que seria deduzida pelo réu via reconvenção (CPC, art. 3 1 5), esse instituto pressupõe que as partes estejam brandindo situações jurídicas que lhes são próprias, tanto assim que o parágrafo único desse artigo não 109. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação populm: 4· cd. São Paulo: RT, 2002, p. 206-207.

l 1 O. MOREIRA, José C. Barbosa. 0 novo processo civil brasileiro, 23' ed. Rio

de Janeiro: Forense, 2005, p. 44.

1 1 1 . Da Reconvenção no Direi/o Processual Civil Brasileiro. São Paulo, RT, 1983, p. 9 1 .

333

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

permite ao réu, 'em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar

em nome de outrem'. Ora, substancialmente falando, o autor popular não sustenta posi

ção jurídica própria, e sim da sociedade como um todo, que ele reputa prejudicada pelo ato/fato/omissão que reputa ilegais e lesivos; logo, não se vê como pudesse qualquer dos co-réus aproveitar-se da ação pendente para fom1ular contrapretensão ao autor popular. Será essa, aliás, a única restrição que se pode fazer ao amplo espectro da defesa dos co-réus nessa ação".112

Mas a conclusão não pode ser tão simples.

Isso porque, conforme já visto, é possível falar em legitimação coletiva passiva. 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, não há óbice à admissibilidade da reconvenção, visto que por ela se afirma direito em face do substituído. Obviamente, para quem não admita a legitimação coletiva passiva, o que não é a posição deste trabalho, não é admissível a reconvenção em ação coletiva.

Percebeu o ponto Antonio Gidi, ainda que examinando o direito estadunidense:

"Uma defendant c/ass action também pode surgir quando o réu, em uma plainti.ff c/ass action [ação coletiva ativa], interpõe reconvenção contra o grupo-autor".113

Vejamos o mesmo exemplo do réu em ação popular.

O réu na ação popular, enquanto 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; essa ação popular reconvencionai 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, baveria reunião dos processos por conexão (art. 5°, §3°, Lei nº 4.7 1 7/65).

6. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Um ponto muito impo1tante no estudo do processo coletivo diz respeito à distribuição do ônus da prova. Os projetos que prevêem a codificação da

legislação coletiva consagram a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova,114

1 1 2. MA CUSO, Rodolfo de Camargo. Ação pop11la1: 4' ed. São Paulo: RT, 2002, p. 225-226. Assim, também, CA1S, Frederico. Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação pop11la1: Susana Henriques da Costa (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 214; STJ, 2' T., Resp nº 72.065, rei. Min. Castro Me ira, j. 03.08.2004, publicado no DJ de 06.09.2004, p. 1 85.

1 1 3. GlDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos, cit., p. 391 , texto entre colchetes é nosso.

1 14. Sobre o terna, amplamente, PEYRANO, Jorge, WHITE, Lnés Lépori. (coord). Cargas proba1orias di11ámicas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s/a.

que de resto vem sendo defendida por diversos doutrinadores e tem impacto na jurisprudência.

O primeiro projeto a tratar do tema de maneira sistemática foi o CM-GIDI:
Artigo 1 1 . Ônus da prova

1 1 . Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos

técnicos ou de informações que apenas uma elas partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis.

Artigo 1 2. Custo da prova

12. Quando a produção da prova for extremamente difici l e custosa para uma das partes e não para outra, o juiz atribuirá a sua produção à parte contrária, que terá o direito de ser ressarcida das suas despesas.

Artigo l 3. Prova estatística

13. O uso de prova estatística ou por amostrngem é permitido como complemento à prova direta ou quando a prova direta for custosa ou de dificil ou impossível produção.

Vejamos o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, art. 1 1 , § 1 º: "O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração".

Do mesmo modo, acolheu essa concepção o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo elaborado em conjunto pelos programas de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, sob coordenação do Prof. Aluísio Gonçalves Mendes, art. 1 9, § 1 º: "O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora".

E, finalmente, no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, art. 12, § 1 º: "O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior faci 1 idade em sua demonstração.

Não obstante, se por razões ele ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser

obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos de Grupo".

É preciso, portanto, explicar a mencionada teoria.

Como já dito no v. 2 deste curso, nosso CPC acolheu a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica), distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório,

335

nos seguintes termos: ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 333, CPC).

Sucede que nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído- em muitos casos, por exemplo, vêem-se diante de prova diabólica (prova impossível). E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento).

É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a j u lgamentos injustos.

"Não se nega a validade da teoria clássica como regra geral, mas não se pode é admitir tal regra como inflexível e em condições de solucionar todos os casos práticos que a vida apresenta".115

Parece que a concepção mais acertada sobre o ônus da prova é a que permite a flexibilidade, o dinamismo de sua distribuição: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabi lidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto (adequação formal), da cooperação e da igualdade, todos examinados no volume 1 desta coleção.

·'A solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da pane (se autora ou se ré) ou a espécie do fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em mefüores condi

ções de fazê-lo".116

Enfim, de acordo com essa teoria: i) o encargo jamais deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a

natureza do fato probando - se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito -, mas, sim, quem tem mais possibilidades de prová-lo. 1 17

1 1 5. "Observe-se que, muitas vezes o próprio legislador reconhece a fragilidade da sua teoria e estabelece expressamente presunções em favor de detenninada pane". Em tais casos, acrescenta Wilson Alves Souza, a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas é dispens;\vel, "o mesmo valendo para os casos em que o juiz pode integrar seu conhecimento e experiência da vida e das coisas, como, por exemplo, nos casos de prova diabólica, fatos negativos absolutos, fatos notórios, fatos normais etc". (SOUZA, Wilson Alves. "Ônus da prova - considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas". Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UTBA. Salvador: UFBA, 1 996, nº 6, p. 247-248).

1 16. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. ·'Distribuição dinâmica do ônus probatório". Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 200 1 . nº 788, p. 98.

1 17. DALL' AG OL JUNIOR, Antonio Janyr. "Distribuição dinâmica do ônus probatório", cit., p. 98.

Daí emerge a dúvida: já teria sido essa teoria adotada pelo ordenamento brasileiro?

Encontram-se referências legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

O nosso legislador positivou a técnica da inversão do ônus da prova, no art.

6°, VIII, CDC, em favor do consumidor. Trata-se de nítida aplicação desta teoria

- embora restrita às causas de consumo -, afinal confere-se ao juiz o poder de redistribuição de ônus probatório (sua inversão), em vista do preenchimento de pressupostos de aferição circunstancial e casuística (verossimilhança e hipossuficiência). Em síntese, impõe-se ao juiz a decisão pela alteração do onus probandi, sempre que o fornecedor tenha melhores condições que o consumidor de arcar com este encargo. 1 1 8

O CPC não contém regra expressa adotando a teoria. Mas a doutrina acolhe essa concepção, a partir de uma interpretação sistemática de nossa legislação processual . 1 1 9 A distribuição dinâmica do ônus da prova seria urna decorrência dos seguintes princípios:

a) princ ipio da igualdade (art. 5°, caput, CF, e art. 1 25, 1, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus de provar àquela que tem meios para satisfazê-lo;

b) principio da lealdade, boa-fé e veracidade (art. 1 4, 1 6, 1 7 1 8 e 1 25, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a pa1te aja ou se omita, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;120

1 1 8. DALL' AGNOL JUN IOR, Antonio Janyr. "Dis1ribuição dinâmica do ônus probatório", cit., p. 93 e 94.

1 1 9. Para Robson Renault Godinho a distribuição cio ônus ela prova é urna ques1ão vinculada ao exercício dos direitos fundamentais. não necessitando de integração legislativa para sua flexibilização: "se o cumprimen10 do ônus probatório pode significar a Iutela do direito reclamado cm juízo, parece-nos intuiiivo que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a garantia do acesso à justiça. Se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dele se clesincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional. (...] como a

necessidade de inversão do ônus ela prova decorre diretamente da Constituição, não há necessidade de integração legislativa, que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso à justiça" (GODíNHO, Robson Renault. "A distribuição cio ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais". Leituras comp/eme111ares de consti111cional: direi/os jimdamentais. Marcelo Novelino Camargo (org.). Salvador: Eclitora J11sPODIVM, 2006, p. 1 82, 1 83 e 1 94).

1 20. SOUZA, Wilson Alves. "Ônus da prova -considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas", cit., p. 256.

FREDLE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

e) princípio da solidariedade com órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o de er de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos; 121

d) princípio do devido processo legal (art. 5°, XJV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;122

e) princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva.

A esses princípios, acrescentamos da adaptabilidade do procedimento, conforme já anunciado.

Percebe-se, pois, que o art. 333, CPC não pode ser lido isoladamente, mas à luz dos princípios que i nformam o processo civil cooperativo e igualitário.

Muitos de nossos tribunais, outrossim, têm extraído a regra de nosso sistema processual.123 Caso emblemático em que se abraça a tese ora examinada é o da responsabilidade civil de profissional liberal, principalmente do médico, vez que este, quando demandado, sempre tem melhores condições de provar que agiu regularmente do que a vítima de provar sua atuação irregular - a despeito de, pela regra estática de distribuição do ônus da prova (art. 333, CPC), a ele não caber esse ônus.124

"Não se trata, porém, de se fixar outra regra estática de distribuição do ônus da prova, mas de criar-se um sistema excepcional, que só pode funcionar onde a regra geral opera mal, já que foi elaborada para casos nomiais e correntes, o que não corresponde ao caso concreto. O que se busca é, tão-somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas diabólicas". Só se justifica a invocação da teoria quando a parte a quem inicialmente cabia o encargo probatório não tiver como atendê-lo.12s É importante fiisar, ainda, que essa repartição casuística e dinâmica do ônus de provar deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo da parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança 1 2 1 . Sobre estes três primeiros princípios, vale a pena conferir a exposição de Antonio Janyr Dall'agnol Jr.

("Distribuição dinâmica do ônus probatório", p. 103- 105 e segs.).

122. Acerca destes quatro primeiros princípios, interessam as palavras de Wilson Alves Souza ("Ônus da pro\ a - considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas", cit., p. 256).

123. Alexandre Freitas Câmara ("Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, nº 3 1 , p.

J 5 e segs.) e Antonio Janyr Dall'agnol Jr. ("Distribuição dinâmica do ônus

probatório", p. 1 O 1 e segs.) fazem um bom apanhado jurisprudencial.

124. STJ, 4' T., REsp nº 693.091SC, rei. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. cm 18.06.1996, publicado no DJ de 26.08.1996, p. 29.688.

125. CÂMARA, Alexandre Frei1as. "Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução", cit., p. 14-15.



 jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova, como já salientado no estudo da inversão do ônus da prova. Trata-se de regra de atividade e, não, de j ulgamento. 1 26 E isso ficou evidenciado na proposta no Anteprojeto da U ERJ

-UNESA, no art. 1 9, § 1 º,já transcrito.

7. CONCILIAÇÃO NAS CAUSAS COLETIVAS: COMPROMISSO D E

AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Embora cuide de direitos indisponíveis, cabe conciliação em causas coletivas, não obstante a regra do art. 84 1 do CC-2002.

Não convém deixar de aplicar, pura e simplesmente, o regramento da transa

ção aos chamados direitos coletivos (lato sensu), basicamente, mas não só, pelas s_eguintes razões, enumeradas por Marco Antônio Marcondes Pereira: a) o dispositivo foi editado sob o manto de uma ordem jurídica diversa; b) 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; c) as normas relativas à vetusta substituição processual não se aplicam aos legitimados a proteger os direitos difusos e coletivos, pois a sua legitimação é fundamentalmente diferente; d) a indisponibilidade não será afetada, na medida em que visa, com a transação, a sua maior efetivação.127

Mais recentemente, a lei de ação civil pública (art. 5°, § 6°, da Lei Federal nº

7 .347 /85), modificada pelo Código de Defesa do Consumidor, instituiu o chamado compromisso de ajustamento de conduta, negócio jurídico extrajudicial com força de título executivo, celebrado entre os órgãos públicos legitimados à proteção dos interesses tutelados pela lei e os futuros réus dessas ações. Trata-se de modalidade específica de transação, para uns, ou de verdadeiro negóciojurídico, para outros.128

Pelo compromisso de ajustamento de conduta, não se pode dispensar a satisfação do direito transindividual ofendido, mas, tão-somente, regular o modo como se deverá proceder à sua reparação.129 Quer se adote esta ou aquela concepção, o certo é que se trata de modalidade de acordo, com nítida.finalidade conciliatória.

126. Neste sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. "Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução", cit., p. 1 1 .

127. PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. "Transação no curso da ação civil pública". Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, nº 16, p. 1 24-5.

128. Sobre o assunto, por todos, RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e rermo de ajustamento de cond111a, p. 97-240. A autora, embora não reconheça natureza de transação aos termos de ajustamento de conduta, defende tratar-se de modalidade de negócio jurídico bilateral, envolvendo a prática de determinada conduta, acertada conforme as exigências legais.

129. "De conseguinte, o compromisso tem que ser um meio através do qnal se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial 339

Aceita-se, a partir dessa previsão normativa, que as partes litigantes firmem acordos em demandas coletivas, de modo que se ponha fim ao processo com julgamento do mérito (art. 269, m, do CPC).130 Sobre o assunto, com precisão, Geisa de Assis Rodrigues, comparando a conciliação judicial, nestas situações, com o compromisso de ajustamento de conduta previsto no art. 5°, § 6º, da Lei Federal nº 7.347/85:131

"A conciliação judicial tem as mesmas limitações que o compromisso de ajuste

de conduta. (...) Portanto, é cabível falar em ajuste de conduta judicial e extrajurucial, 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".132

A mencionada autora 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;133 b) as implicações processuais que surgem do acordo judicial (exti nção, com conseqüente produção da coisa julgada material, ou suspensão do feito até o efetivo cumprimento do ajuste), estranJias ao extrajudicial; c) a formação, pelo acordo judicial, de título executivo judicial, enquanto o outro é extrajudicial.134

Com a nova redação dada ao caput do art. 3 3 1 , do CPC, ratifica-se a possibilidade de tentativa de conciliação nas causas coletivas, que deve ser observada pelos operadores do direito como etapa obrigatória do procedimento. 135

relacionada àquela conduta específica" (RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e lermo de aj11s1amenlo de conduta, p. 1 75).

130. Sobre a possibilidade de acordo em demandas coletivas, apenas para ilustrar: MANCUSO, Rodolfo de Carnargo. Ação civil pública .. ., p. 225-38; PEREI.RA, Marco Antônio Marcondes, A transação no curso da ação civil pública, Revis/a de Direito do Cons11mido1; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, nº 16, p. 1 1 6-28.

1 3 1 . § 6º do an. 5° da Lei Federal aº 7.347/85: "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".

132. RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e lermo de ajuslamenlo de co11d111a, p. 234.

133. Discorda, no panicular, José Marcelo Vigliar, para quem há também limitação da legitimidade aos órgãos públicos para a conciliação judicial (Ação civil pública, p. 90). Não vemos corno possa vingar essa limitação, já que judicialmente haverá, no mínimo, a participaçiio do Ministério Público como

cus1os legis.

134. RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública, p. 332-6.

135. Questão preocupante nos acordos cm causas coletivas diz respeito à eficácia erga on111es da coisa julgada surgida com a homologação judicial do acordo. Como é cediço, 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 011111es, impedindo a reproposirura 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 direito transindividual. Essas circunstâncias fazem com que admitamos a possibilidade de o lerceiro colegi1i111ado ingressar com um recurso, com vistas a questionar a homologação do acordo, postu-340

Convém lembrar, no entanto, que não é possível conciL iação na ação de improbidade administrativa (art. 1 7, § 1 °, da Lei Federal nº 8.42911 992). A regra merece ser aplicada com certo temperamento. Não se vê razão para impedir conciliação, no processo de improbidade administrativa, no que disser respeito à reparação dos prejuízos ao Erário. Impedir a conciliação, nestas situações, é criar um grande e desnecessário embaraço para a efetividade da tutela coletiva, máxime quando se sabe que, em muitas situações, 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. É possível, inclusive, estabelecer a seguinte diretriz hermenêutica: sempre será possível a conciliação no processo de improbidade administrativa em relação aos pedidos que poderiam ter sido formulados em processos coletivos comuns (ação civil pública ou ação popular, v. g.), de que serve de exemplo exatamente o pedido de reparação dos prejuízos.

Recente julgado 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, 2ªT., REsp nº 299.400/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon,j . em 0 1.06.2006, 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:

!ando, assim, o prosseguimento do feito em direção à hcterocomposição. Nestas circu11stâncias, não dema11da o terceiro ação nova; exerce, pelo recurso, a ação cuja legitimidade também é sua e já fora exercida por outro colegitimado. Assume o processo 110 estado em que se encontra, sem alterá-lo objetivamente - essa distinção é fundamental para que reconheçamos ao terceiro tal legitimidade. Não há, com isso, supressão de instância. Acaso não se permita essa impugnação recursai do terceiro, estará sendo vedado o acesso do colcgitimado ao Judiciário, pois, com a coisa j ulgada, nenhum juízo poderá reapreciar a causa - esse ponto também é fundamental, pois, nos litígios individuais, a coisa julgada surgida da homologação da lrnnsação não afeta o terceiro. Só lhe restaria a ação rescisória. Concordamos, pois, com as conclusões de Geisa de Assis Rodrigues: "A discordância cios demais colegitimados deve ser feita através da utilização cios mecanismos ele revisão da decisão judicial, ou seja: recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação, dependendo do caso concreto. A decisão homologando o ajusle formulado em juízo é uma decisão de mérito, e porlall/o. poderá ser acobertada pela ill/angibilidade panprocessual da coisa julgada materiar' (Ação civil pública e termo de ajustamento de condula, p. 237; também admitindo o questionamento do acordo pelo colegitimado, VIGL!AR, José Marcelo. Ação civil pública, p. 90). Sugerimos, enfim, a edição ele regramcnto expresso, com recurso específico cio terceiro colegitimado para essas situações, adotando, mula/is mutandis, o padrão cio sistema recursai português, que estabelece recurso só do terceiro em hipóteses de li1igio que envolva alo simulado das parles (art. 778 do CPC português). O terceiro titular de direito

individual, que se sinta afetado com o acordo celebrado, não podera, entretanto, recorrer da sentença que homologa acordo judicial em ação coletiva. Esse terceiro não tem qualquer interesse recursai - e, portanto, legitimidade

-, na medida em que a coisa julgada coletiva só se estende às demandas individuais i11 utilibus (art.

103, § 3°, cio CDC).

341

FREmE Dm1ER JR. E HERMES ZANETI JR.

"PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVLL PÚBLICA POR DANO AMBI ENTAL -

AJUSTAMENTO DE CONDUTA- TRANSAÇÃO DO MINlSTÉRJO PÚBLICO

- POSSIBILIDADE.

1 . A regra geral é de não serem passiveis de transação os direitos difusos.

2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar 1rata111e11to 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.

8. TUTELA DE U RGÊNCIA NOS PROCESSOS COLETIVOS

A tutela de urgência nos processos coletivos não apresenta peculiaridades que justifiquem uma revisão, neste momento, da teoria sobre o assunto; a tutela antecipada ou a tutela cautelar em ações coletivas segue, em regra, os pressupostos e fundamentos gerais aplicáveis ao processo individual. Assim, remetemos o leitor ao quanto foi dito no v. 2 deste curso sobre a antecipação da tutela.

No entanto, algumas observações merecem ser feitas.

a) A antecipação dos efeitos da tutela é técnica procedimental já prevista em alguns procedimentos especiais, antes de ser generalizada, em 1 994, com a reforma dos arts. 273 e 46 1 , § 3º, CPC, que a introduziram nos procedimentos comuns. O mandado de segurança (1 9 5 1), a ação de alimentos (1 968) e as ações possessórias (1 973) são exemplos de procedimentos especiais que já

previam a possibilidade de concessão de tutela provisória satisfativa, antes da reforma do CPC em 1 994.

A ação civil pública é também um desses procedimentos que já admitiam a concessão de tutela antecipada. O art. 1 2 da Lei de Ação Civil Pública136 já permitia a concessão de medida l iminar 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 § 7º do art. 273

do CPC, aqui aplicado subsidiariamente.

136. Art. 1 2 da Lei Federal nº 7.347/I 985: "Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo ...

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) b) O art. 4° da Lei de Ação Civil Pública dispõe que "poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, 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 a dúvida: não se trata de tutela cautelar, mas, sim, tutela inibitória, que é satisfativa e visa exatamente obter providência judicial que impeça a prática de ato ilícito e, por conseqüência, a ocorrência de um dano.1 37

A menção à tutela cautelar j ustifica-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 1 994, como visto), o uso da ação cautelar satisfativa, com finalidade inibitória, era aceito pela jurisprudência.

Não obstante isso, obviamente é possível a concessão da tutela cautelar no âmbito do processo coletivo, seja no bojo do procedimento coletivo (art. 273, §

7°, CPC), seja e1n procedimento autônomo.

c) Exemplo prático, que ressalta a importância da liminar 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 uma tal liminar, na prática, beneficiariam todos os bares e restaurantes. 1 38

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 137. A importância da tutela inibitória nas ações coletivas, justamente pelo caráter preventivo autônomo que apresenta, foi muito bem salientada pela doutrina, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conbecimento. São Paulo: RT, 2001, p. 695-696.

138. O caso prático foi apontado por BUENO, Liminar em mandado de segurança, p. 3 7 1 .

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 Federal nº 8.437/ 1 992: "No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judjcial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas ". O § 2° do art. 22

da Lei n. 1 2 . 0 1 6/2009 repetiu a regra. Já decidiu o STJ pela nulidade da decisão liminar conferida sem o devido respeito da determinação legal. 139

Dispositivo semelhante encontra-se no parágrafo únjco do art. 928 do CPC, que impede a concessão de liminar possessória contra o Poder Público sem a prévia audiência dos seus representantes. 140

A ratio essendi do artigo é a defesa do patrimônio público contra a amplitude da liminar em processos coletivos. Existe a proposição legislativa em busca de um necessário equilíbrio, uma ponderação 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. Aqui se percebe que retorna fôlego o argumento pelo contraditório anterior à prolação da decisão, mínimo que seja, para permitir ao juiz maiores elementos (e, mesmo muitas vezes, os elementos necessários para concessão da liminar requerida) e segurança na concessão da med ida.141 Trata-se do reconhecido expediente do processo cooperativo, já denominado contraditório preventivo, 142 evitando a surpresa 139. "Processual. Ação Civil Publica. Mandado de Segurança Coletivo. Liminar. Oitiva do Poder Público.

Lei nº 8.43711 992, Art. 2°. 1 - No processo de mandado de segurança colerivo e de ação civil pública, a concessão de medida liminar somente pode ocorrei; selenla e duas horas após a in1i111ação do Es1ado (lei Num. 8.437/1992, Ar/. 2j. ll - liminar concedida sem respeilo a esre prazo é nula." (STJ, I' T., R.Esp nº 88.583/SP, Rei. Min. Humberto Gomes de Barros, publicado no DJ 1 8. 1 1 . l 996, p. 44.847).

140. Art. 928. Parágrafo único: "Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais".

1 4 1 . Essa é a postura adotada por Cassio Scarpinella Bueno: "Importante - senão decisiva - a realização de contraditório, ainda que sumário, também na fase de concessão da liminar. É preferível que o magistrado obtenha, mesmo neste momento inicial e de exercício de cognição limitada, o maior número de elementos disponíveis para sopesar os valores poslos em jogo e as conseqüências, na ordem pública (que é definida pelo direito, como já expusemos no e. V), de sua decisão. BUENO, Liminar em mandado de

segurança. p. 372.

142. ZANET! JR., Hermes. "O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório". Revista de Processo, ano 29, nº 1 1 6, p. 334-371, jul./ago., 2004. Sobre conrraditório: OLlVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Gara111ia do comradilório, op. cit.; PICARDL li principio dei contradittorio. Rivista di Dirillo Processuale, anno Lili, nº 3, p.673-681 , 1998; CABRAL. li Principio dei contraddittorio come diritto d'inftuenza e dovere di dibattito. Rivisla di Dirillo Processuale, anno LX, nº 2, p. 449-463, Aprile-Giugno, 2005.

e aprofundando o compromisso dialético do juiz com as partes (sobre o processo cooperativo, ver o capítulo sobre os princípios do processo, no v. 1 deste curso).

Ocorre, por outro lado, que, em se tratando de juízo de ponderação (estruturalmente principiológico), não se pode negar a "natureza própria" das medidas liminares, tutela 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 oi tiva prévia do réu (expressão do princípio do due process of law) poderá ser um direito fundamental absoluto, a colisão de princípios invariavelmente deverá se resolver na dimensão do peso143 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 vedação por inconstitucional.144

É também o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno:

"Mas, desde que em determinado caso concreto, a prévia oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (ou quem lhe faça as vezes, acrescentamos, à luz do inc. LXIX do art. 5°, da CF) no prazo de setenta e duas horas seja providência que acarrete a ineficácia do ato, não poderá o juiz sujeitar a concessão da medida ao regime deste art. 2° à liminar requerida no bojo do mandado de segurança coletivo ou, acrescentamos, à liminar requerida no bojo (Lei 7.347185, art 12) ou preparatoriamente (Lei 7.347185, art. 4°) à ação civil pública. Evidentemente que, para chegar a tal conclusão, já deverá o magistrado ter realizado juízo de delibação favorável à tese do impetrante, concluindo pela militância em seu favor da conservação da 'ordem pública' e pela premência do dano que se pretende evitar com a impetração coletiva".145

143. 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 restringem posiciones iusfundamcntales primafacie". ALEXY, Robert. Teoria de los derechosfimdamemales, p. 272. Daí ser conseqüente o dever de ponderação entre as restrições previstas na norma e a efetividade dos princípios (mandados de otimização prima facie).

144. Em trecho do volo do Min. Sepúlveda Pertence, AD ln 233-6/DF (Tribunal Pleno- DJ, 29. 06.90), fica clara a posição supra: "Para quem, como eu, acen/11011 que não aceira veto peremptório. veto a priori a roda e qualquer restrição que sefc1ça à concessão de liminar, é impossível, no cipoal de medidas provisórias que se subtraem ao deferimento de tais cautelares initio li/is, distinguir, em tese - e só assim poderemos decidir nesse processo -, até onde as

restrições são razoáveis, até onde são elas contenções, não ao uso regular, mas ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente 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, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva." ADln 223-6/DF, JSTF 1 43, p. 54-55.

145. BUENO, Cassio Scarpinella. liminar em mandado de segurança. p. 372.

FREDlE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

A conclusão geral é a de que todas as leis que limitam, regulam ou restringem a concessão de tutela de urgência (em processo individual ou coletivo) poderão ser submetidas ao controle difuso de constitucionalidade. Esse controle garantirá sua razoabilidade, sempre tendo em vista o risco de ineficácia da decisão futura, que, em ação de mandado de segurança, onde a prestação do direito é in natura, poderá inviabilizar o pedido. Nos demais casos concretos, dever-se-á atender

para os valores em jogo, diante dos fatos e da discricionariedade do juiz.146

Mas há outro ponto a ser destacado.

O art. l º da Lei Federal nº 8.437/1 992 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 § 1 ° deste a1tigo arremata:

"§ 1 º. 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 segurança, à competência originária de tribunal".

Essas restrições, porém, por expressa vedação legal, não se aplicam à ação popular e à ação civil pública (§ 2º do art. l º da Lei.Federal nº 8.437/1 992). Uma das razões, a mais óbvia, é que nessas ações não há validade da regra da pretTOgativa de função. A outra, externada pela própria jurisprndência, é que nas ações populares o cidadão está agindo em prol do interesse público primário do Estado.

"PROCESSUAL C I VIL. AÇÃO POPULAR. LIMINAR. ART. l º DA LEI 8.437/J 992.

1 . O autor popular não litiga contra o Estado, mas, ao contrário, como seu substituto processual, razão pela qual a vedação de concessão de liminares, contida no art. 1°, da Lei 8.437/1 992, com audiência ou não do Poder Público, não se aplica às ações populares. Precedentes da Corte.

2. Recurso especial não conhecido. (STJ, 6º T., REsp nº 73.083/DF, Rei. Ministro Fernando Gonçalves,j. em 09.09. 1 997, publicado no DJ de 06.1 0. 1 997, p. 50.063)".

e) Aos processos coletivos aplica-se o regramento do pedido de suspensão da eficácia das decisões proferidas contra o Poder Público (art. 4° da Lei Federal nº

146. 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 Gomes. Estudos sobre direitosji111da111emais. Coimbra: Coimbra, 2004. (esp. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garamias, p. 136-160).

346

8.437/1 992). 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.

j) A disciplina das astreintes em processo coletivo segue os mesmos parâmetros gerais dos processos individuais. [mportante ressaltar que a lei da ação civil pública disciplina 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. 1 2, § 2º, da Lei Federal nº

7.347/ 1 985). O dispositivo foi repetido no § 3° do art. 2 1 3 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/1 990) e no § 3º do art. 83 do Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 1 O.74 1 /2003). Esses dispositivos aplicam-se por analogia ao processo individual, em razão do silêncio do CPC a respeito do assunto.

Trata-se de norma de profundo 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 j usto que alguém que não tenha razão, no caso o demandante, saia do processo mais rico do que entrou, enquanto o vencedor veja 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.

Além disto, uma decisão do TJRS detennina que a ciência do requerido deve ser inequívoca, não servindo como prova da ciência a simples intimação na pessoa do advogado.

"Apelação cível. Embargos à execução. Ações da CRT. Obrigação de fazer. Multa fixada em acórdão, na fase de conhecimento. Seu cumprimento, em princípio, depende de ciência pessoal do devedor. A ciência do advogado é para os atos de natureza processual, não dos que dependam do agir exclusivo da parte. Hipótese em que houve cumprimento indireto do julgado, mediante pagamento de quantia equivalente à diferença de ações devida. Concordância do

credor, que inclusive levantou o valor depositado em juízo. Pretensão à execução da multa diária descabida. Recurso a que se nega provimento". (TJRS, 6ª Câm. Cív., Apelação Cível nº 70.009.03 1 .808, rei. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, j. em 1 0. 1 1 .2004).

9. LlTIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E DESPESAS PROCESSUAIS

9.1. Regime j urídico geral de adiantamento de custas processuais e pagamento de honorários advocatícios de sucumbência nas ações coletivas.

Com o objetivo de facilitar ao máximo o acesso à justiça na defesa dos direitos coletivos lato sensu, denotando com clareza a final idade pública do microssistema de tutela coletiva, a lei expressamente dispensa o adiantamento de custas e isenta o pagamento de honorários advocatícios em desfavor do demandante em sede de 347

ações coletivas. Trata-se de evidente estímulo para o ajuizamento dessas ações, combinado com o interesse da República de ver protegidos os bens tutelados pelo processo coletivo147•

Aplica-se às ações coletivas, então, o regime do beneficio ela justiça gratuita, que permite a prática de atos processuais sem o adiantamento das despesas, que serão suportadas pelo vencido. Quando o vencido não pode (caso do beneficiário da justiça gratuita), ou não deve pagar as despesas, como é o caso dos

legitimados coletivos, em que somente se houver má-fé o ente autor será condenado a ressarci-las, devem ser elas suportadas pela Fazenda Pública148•

Esse regime especial, previsto no art. 87 do CDC (que serve como modelo para o microssistema), prevê o pagamento de custas e honorários apenas na hipótese de litigância de má-fé, pelo ajuizamento de ações coletivas temerárias149• Comunica-se, inclusive, para as demais ações coletivas, a exemplo do mandado de segurança coletivo, ação popular15º, ação ele improbidade administrativa151 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 improbus litigator 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

147. Nesse sentido: NUNES, Rizzallo, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 75 l .

148. Assim, p . ex., LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, p . 390-391 . Sobre o beneficio da justiça gratuita e os seus problemas práticos, OLDIER Jr., Fredie, OLVEIRA, Rafael. Beneficio da justiça gratuita. 3 ed. Salvador: J11sPOOl\IM, 2008.

149. Assim, a doutrina reconheceu que ·'houve um significaúvo avanço, pois a condenação somente poderâ ocorrer em caso de litigância de mã-fê, quando a Lei da Ação Civil Pública (agora modificada pelo art. 1 1 6

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 awores do anteprojeto, p. 850 - conferir também os comentários ao art. 1 15). O dispositivo do art. 1 7 da LACP. alterado pelo COC, ficou incompleto, em evidente erro de redação. A

doutrina já havia percebido isso, sugerindo a aplicação do art. 87 do COC. (NERY, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 1 .025). Em IO.Ol .2007, o Congresso acional, quase dezessete anos depois, retificou a lei, completando o texto do art. 1 7 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 advocalícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo ela responsabilidade por perdas e danos".

150. Sobre a ação popular, importa recordar que sua redaç.'io remete ao Código de 1 939, no qual "litigância tcmeníria" servia à fünção que hoje serve a "litigância de má-fé" (M 1 LMANN, Fábio. improbidade processual: componamento das partes e de seus procuradores no p1vcesso civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 207.

1 5 1 . STJ, l'T., REsp n. 678.969fPB, rei. Min. Luiz Fux,j. em 13.1 2.2005, publicado no OJ de 1 3.02.2006, p. 680.

•

 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 ação152•

Como asseverado, "sem maiores esclarecimentos acerca da caracterização desta (má-fé), é aplicável a disciplina prevista para o processo comum a exemplo do que, como acima visto, ocolTe com a ação popular."153

No CBPC-ADA, há uma proposta interessante: § 3° do art. 1 6 : "Se o legitimado for pessoa fisica, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade".

Regra semelhante se encontra no CBPC-UERJIUNESA: § 3° do art. 1 3 : "Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação fürnnceira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva".

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 outrn interveniente, a exemplo do Ministério Público, atuando na função de custos legis.

Assim, "qualquer dos litigantes ou intervenientes na ACP pode ser considerado l itigante 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 em juízo"154• Isto ocorrerá em qualquer ato ou momento processual em que for aferida e independentemente da responsabi l idade em função das perdas e danos155•

1 52. Nesse sentido WATANABE, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 8 5 1 ; NERY Jr., Nelson Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 1026.

153. Cf. Fábio Milmann, Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 209.

Com a ressalva, bem entendida, daquilo que não contrariar a lógica própria do microssistema.

154. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa, Código de processo civil comentado, 6" ed., p. 1.369.

155. Trata-se de combinação entre o sistema do CDC e os arts. 16 e 1 8 do CPC. Esta responsabilidade decorre da comprovação das perdas e danos e exige que o prejudicado deduza pretensão neste sentido, nos 349

FREDJE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Embora a lei apenas mencione as "associações", qualquer legitimado à ação coletiva, inclusive o Ministério Público156, somente poderá ser condenado ao pagamento de custas e honorários se houver litigância temerária157• A regra do art.

87 do coe 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"158•

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 sucumbência159•

O par. ún. do art. 88 do Estatuto do Idoso (Lei Federal n. 1 O.74 l /2003) dispõe que

"'não se imporá sucumbência ao Ministério Público". Trata-se de restrição inconstitucional, por ferir de morte a isonomia160•

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 reguiar 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"161, mas para a doutrina majoritária implica obrigatoriamente a verificaçã.o do dolo, principalmente quanto ao MP.

mesmos autos, indicando em que consistem, se, por ou1ro lado, for impossível ao juiz proferir sentença líquida deverá ser aberta fase de liquidação, nos tennos da Lei 1 1 .232.

156. STJ, 2' T., REsp n. 457.289/MG, rei. Ministro João Otávio de Noronha, j. em 03.08.2006, publicado no DJ de 1 8.08.2006, p. 366.

1 57. 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'". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 1 994, n. 74, p. J 85-192) acabou por ceder a tese de que apenas comprovada a má-fé cabe a condenação em honorários do Parquer. Cf. Curso de direi/o processual cole1ivo, p. 259-260. (Idem, p. 261).

158. Alpec1os con1rover1idos da ação civil pública, p. 109. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, as sanções processuais não são aplicáveis ao MP e aos entes políricos 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 principio, porque, justamente, ao Estado compete a gestão da coisa pública (CF, arts. 170, V, Vl; 216, 2 1 8, 225) não sendo razoável que litigue de má-fé em ação envolvendo interesses sociais relevantes".

(MANCUSO, Ação civil pública, p. 296.)

159. LEONEL. Ricardo de Barros. Manual do processo cole1ivo, p. 390-3 9 1 .

160. GOMES J r. . Luiz Manoel. Curso de direi/O processual colelivo, p . 26 1 ; GODINHO, Robson Renauh.

"O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos". Processa civil cole1ivo.

Rodrigo Mazzci e Rita Dias Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latia, 2005, p. 636.

1 6 1 . LEO EL, Ricardo de Barros. Manual do processo cole1ivo, p. 39 1 .

ASPECrDS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL)

Ver, a propósito, o acórdão do STJ, I". T., REsp n. 28.7 1 5/SP, rei. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 3 J .08. 1 994, publicado no DJ de 1 9.09.1 994, p. 24.652, p. 2 7 1 08:

"PROCESSUAL CIVI L - AÇÃO CIVIL PÚBLICA- MíNISTÉRIO PÚBLICO

LEG ITIMIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - LEI N . 7. 347/85 (ART.

1 7) - LEI N. 8.078/90 (ART. 1 1 5).

1. 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. 1 27 e 1 29, 1 1 1, C.F . ., Lei Comp. 75/93, art. 6, art. 5, lei n. 7.347/85).

2. 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 publica, atribuir-se a litigância de má-fé (art. 1 7, lei ant., c/c o art. 1 1 5, lei n. 8.078/90), com a condenação em honorários advocatícios.

3. No caso, além do mais, a pretensão não se mostra inji111dada, 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.

4. A litigância de má-fé reclama convincente demonstração".

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 pagamento162•

Convém advertir, ainda, que, se a ação civil pública proposta pelo M inistério Público for julgada procedente, existem dois entendimentos.

a) O réu não poderá ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, pois, por força do a11. 23 da Lei Federal n. 8.906/94 (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:

"DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓR I A POR CULPA NO TRABALHO. EMPRESA PREPONENTE COMO RÉ. JUROS COMPOSTOS. NÃO-APLICAÇÃO. AÇÃO CIVIL "EX DELICTO" INTEN TADA PELO MTNfSTÉRIO PÚ BLICO. PROCEDÊNCIA. HONORÁ RIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA fNDEVlDA. ESTATUTO DA ADVOCACLA, A RT.

23. RECURSO DESPROVIDO.

1 62. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa, Código de processo civil come111ado, 6ª ed., p. 1 .371; LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, p. 395; STJ, 1" T., REsp n. 120.290/RS, rei. Mia. Garcia Vieira,j. cm 22.09.1998, publicado no DJ de 17.05. 1 999, p. 128; STJ, 2ª T., REsp n. 26. 140/SP, rei. Min.

Antônio de Pádua Ribeiro, j. cm 1 1 . 10.1995, publicado no DJ de 30.10. 1995, p. 36.748.

NETI

fREDIE DIDfER JR. E HERMES ZA

JR.

1 -0sjuros compostos são devidos se o dever de indenizar resulta de crime e somente são exigíveis daquele que efetiva e diretamente o haja praticado, disso decorrendo inacolhível pretensão no sentido de que sejam suportados pela

empresa empregadora.

II - Em caso de procedência da pretensão ajuizada em ação civil "ex delicio "

pelo Ministério Público, ilegítima a condenação do vencido ao pagamento dos honorários advocatícios, tendo em vista que, por definição legal (ART. 23 DA LEI 8.906/1 994), os honorários são destinados tão-somente ao advogado. (STJ, 4ª. T., REsp n. 34.386-SP, rei. Min. SÁLVlO DE FIGUEIREDO TEIXEfRA, publicado no DJ de 24.03. 1 997, p. 9.019);

Mais especificamente:

PROCESSUAL CfVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDENAÇÃO EM HONO

RÁRJOS E CUSTAS.

1 . As verbas sucumbenciais somente são cabíveis, em ação civil pública, quando comprovada má-fé.

2. Descabe a condenação em honorários advocatícios, mesmo quando a ação civil pública proposta pelo Minjstério Publica for julgada procedente.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 785.489/DF, Rei. Minjstro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TVRMA,julgado em 06.06.2006, DJ 29.06.2006 p. 186)

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 beneficio dos cofres públicos.

"Minis1ério Público. Quando atua na defesa do autor (CPC 81), impõem-se a condenação em honorários de advogado em ação de acidente do trabaU10 julgada procedente, devendo os honorários ser recolhidos aos cofres públicos. Aplicação do STF 234 e 256. Neste sentido: STJ-JSTJ 5 1 /279." 163

O primeiro posicionamento parece, realmente, o mais correto.

9.4. Artigos 1 7 e 1 8 da Lei de ação civil pública

Os artigos 1 7 e 1 8 da Lei de Ação Civil Pública 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 Iitigância 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. 1 8. "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."

163. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa, Código de processo civil comentado, p. 200, (9'. ed.).

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL)

Na verdade, como explica Nelson Nery Jr., as duas disposições se completam:

"Enquanto a litigância de má-fé do artigo anterior [aii. 1 7] 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 l itigante de má-fé é condenado pelo art. 1 7 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."164

Este aitigo (art. 1 8 da LACP) decorre da presunção relativa de boa-fé do litigante, equivale a 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 1 8 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 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 beneficio àqueles que se encontram no pólo 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, 2' T., REsp n. 193.81 5/SP, rei. Min. CASTRO MEIRA, j. em 24.08.2005, publicado no DJ de 1 9.09.2005, p. 240.)

9.5. Quadro comparativo dos regimes das custas e honorários nos Códigos Modelo e nos Projetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos É uma constante nos Códigos de Processo Coletivo em debate a necessidade de estimular, mediante gratificação financeira especial, o legitimado pessoa fisica, sindicato ou associação, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva. Esta tendência encontra esteio na disciplina dos attorney fees (honorários de advogado) das class actions americanas.165

Também se apresenta mais ou menos homogênea, como se vê abaixo, em decorrência do próprio tratamento diferenciado, a condenação em favor do vencedor, nas custas e honorários advocatícios, independentemente de quem seja, bem como de eventual requerimento expresso.

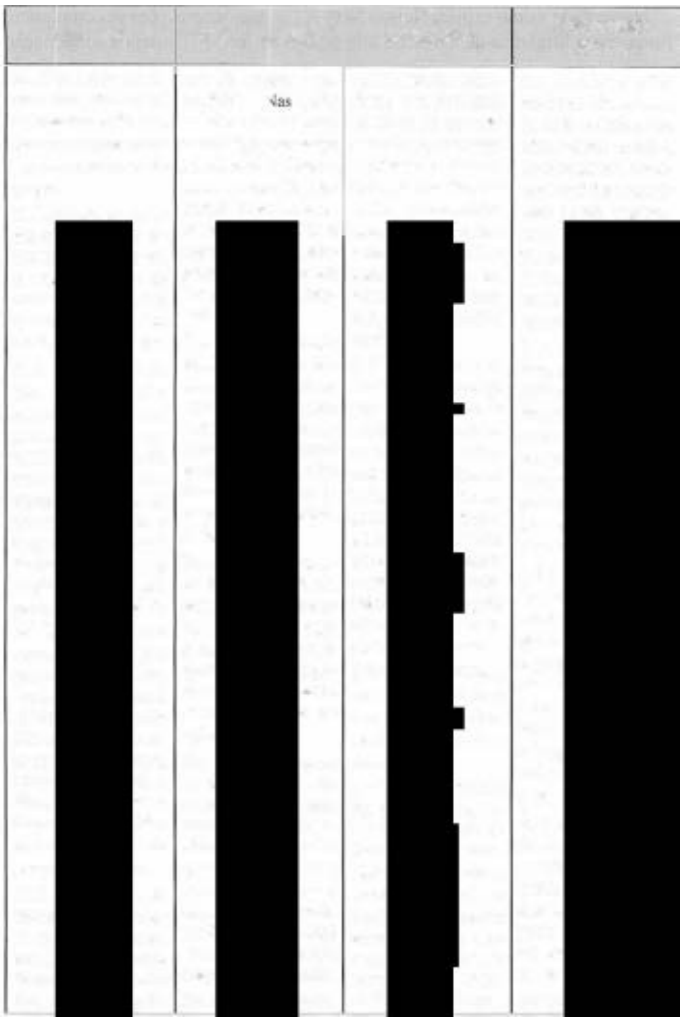
164. NERY Jr., Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do antep1vjeto, p. 1 .03 1 .

1 65. Sobre o tema, inclusive ponderando algumas das angústias daquele sistema

e alertando para a criação do private attorney general (uma espécie de Ministério Público ad hoc, privado) cf. Owen Fiss. "A teoria política das ações coletivas". ln: Owen Fiss. Um novo processo civil. Coord. da trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2005, p. 236 e ss.; tb., com especial destaque para a inexistência de regra da sucumbência no direito norte-americano, e sobre o contingency jee agreement (contrato de honorários por resultado ou pacto quota litis), conferir as notas de Antonio Gidi, A Class Action .. ., p. 361 e ss.

353





fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

CBPC/UERJ

CM-GIDI

CM-fB.-AMER.

CBPC/IBDP

-UNESA

2 1 . Nas ações coleti- Art. 15. Custas e ho- Art. 1 7. Custas e hono- Art. 1 3 . Custas e hovas ativas, não haverá norários -

ações rários- Nas demandas norários Os autores

adiantamento de cus- coletivas de que trata coletivas de que trata da ação coletiva não tas e quaisquer outras estecódigo, asentença este código, a sentença a d i a n tarão custas, despesas por pane do condenará o deman- condenará o deman- emolumentos, hono-grupo.

dado, se vencido, nas dado, se vencido, nas rários periciais e quais2 1 . 1 . A sentença, inde custas, emolumentos, custas, emolumentos, quer outras despesas, pendentemente de re honorários periciais e honorários periciais e nem serão condena-querimento, condenará quaisquer outras des quaisquer outras des dos, salvo comprovada o vencido a pagar ao pesas, bem como em pesas, bem como em má-fé, em honorários vencedor as despesas honorários de advo honorários de advoga de advogados, custas e que efetuou e os ho gados.

dos, calculados sobre a despesas processuais.

norários advocatícios. Par. 1 °. No cálculo condenação.

§ 1°. Nas ações cole2 1 .2. Nas ações cole dos honorários, o juiz § 1 ° Tratando- se de tivas de que trata este tivas ativas julgadas levará em considera condenação a obriga código, a sentença conimprocedentes, o re ção a vantagem para ção específica ou de denará o demandado, presentante do grupo o grupo, categoria ou condenação genérica, se vencido, nas custas.

e os intervenientes não classe, a quantidade e os honorários advo- emolumentos, honoráserão condenados a qualidade do trabalho catícios serão fixados rios periciais e quais-pagar honorários de desenvolvido pelo ad levando-se em consi- quer outras despesas, advogado, custas e vogado e a complexi deração a vantagem bem como em honorádespesas processuais dade da causa.

para o grupo, categoria rios de advogados.

do vencedor, salvo se. Par. 2°. Se o legitima ou classe, a quantidade § 2°. No cálculo dos a ação coletiva for pro do for pessoa ftsica, e qualidade do traba honorários, o juiz leposta ou mantida de sindicato ou associa lho desenvolvido pelo vará em consideramá-fé, caso em que o ção, o juiz poderá.fixar advogado e a com ção a vantagem para representante do gru gratificação financeira plexidade da causa. o grupo, categoria ou po, os intervenientes e quando sua atuação § 2° O Poder Público, classe, a quantidade as pessoas diretamente tiver sido relevante na quando demandado e e qualidade do trabaenvolvidas serão soli condução e êxito da vencido, incorrerá na lho desenvolvido pelo dariamente

condena ação coletiva.

condenação prevista advogado e a compledos a pagar honorários Par. 3°. Os autores neste artigo.

advocatícios e até o

xidade da causa.

da ação coletiva não § 3º Se o legitimado

décuplo das custas e adi antarão custas,

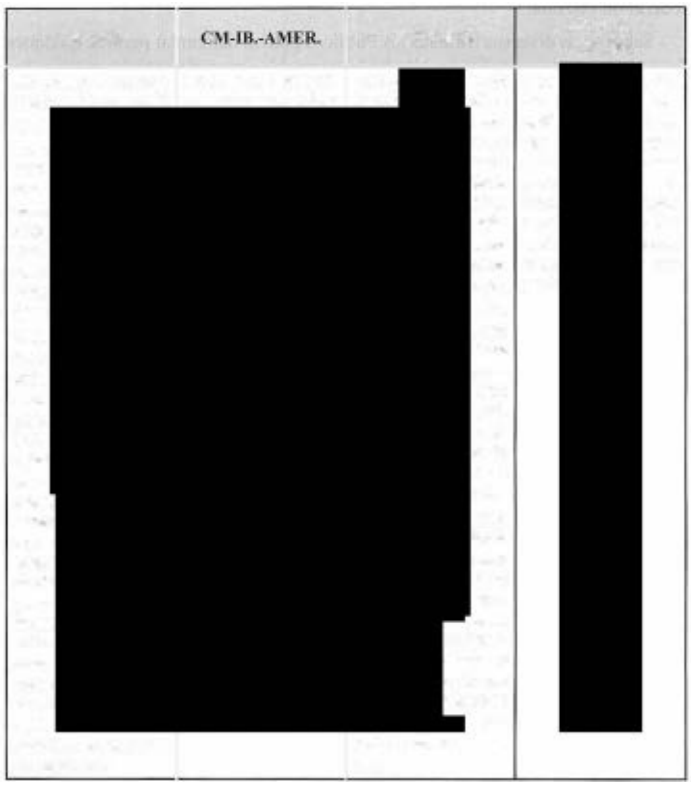
§ 3°. Se o legitimado

for pessoa física, endespesas, sem prejuízo emolumentos, hono tidade sindical ou de for pessoa física, sinda responsabilidade rários periciais e quais fiscalização do exer dicato ou associação, por perdas e danos.

quer outras despesas, cício das profissões, o juiz poderá fixar 2 1 .3. O pagamento de nem serão condena associação civil ou gratificação financeira honorários do advoga dos, salvo comprovada fundação de direito quando sua atuação do do grupo poderá ser má-fé, em honorários privado, o juiz, sem tiver sido relevante condicional ao resulta- de advogados, custas e prejuizo da verba da na condução e êx ido obtido na ação cole- despesas processuais. sucumbência, pode to da ação coletiva.

tiva, mas o advogado. Par. 4°. O litigante de rá fixar gratificação § 4°0 litigante de má-fé 354





CM-IB.-AMER.

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERJAL E PROCESSUAL) CBPC/UERJ-CM-GIDl

CBPC/IBDP

-UNESA

não poderá financiar o má-fé e os responsá- financeira, a cargo do e os responsáveis pe-l itígio (Vide art. 24, J) veis pelos respectivos Fundo dos Direitos los respectivos atos 2 1 .4. No cálculo dos atos serão solidaria- Difusos e Coletivos, serão solidariamente honorários, o juiz le- mente condenados ao quando sua atuação condenados ao paga-vará em consideração, pagamento das des- tiver sido relevante mento das despesas entre outros fatores, a pesas processuais, em na condução e êxito processuais, em ho-vantagem obtida para honorários advocatí- da demanda coletiva, norários advocatícios o grupo, a quantidade e cios e no décuplo das observados na fixação e até o décuplo das qualidade do trabalho custas, sem prejuízo da os critérios de razoa- custas, sem prejuízo da realizado pelo advo- responsabilidade por bilidade e modicidade.

responsabilidade por gado e a complexidade perdas e danos.

§ 4º Os autores da de- perdas e danos.

da causa.

manda coletiva não

2 1 .5. Como incentivo

adiantarão custas, emo

à propositura de ações

- l umentos, honorários

coletivas e ao ativo

periciais e quaisquer

controle do processo

outras despesas, nem

pelos legitimados co-

serão condenados, sal-

letivos (vide art. 2),

vo comprovada má-

o juiz poderá atribuir

-fé, em honorários de

uma gratificação fi-

advogados, custas e

nanceira ao represen-

despesas processuais.

tante e ao interveniente

§ 5° O 1 itigante de má-

cuja atuação foi re-

-fé e os responsáveis

levante na tutela dos

pelos respectivos atos

direitos, interesses e

serão solidariamente

garantias do grupo e

condenados ao paga-

de seus membros. Esse

mento das despesas

valor poderá ser reti-

processuais, em hono-

rado da indenização

rários advocatícios e

devida ou pago pelo

em até o décuplo das

réu. Em sua avaliação

custas, sem prejuízo da

o juiz levará em consi-

responsabilidade por

deração a participação

perdas e danos.

do legitimado

(. . .)

1 0. A ATUAÇÃO DO M I N I STÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES COLETIVAS

1 0 . 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. 5°, §5º, Lei Federal nº 7.347/85): M i nistério Público Federal e M inistério Público Estadual, por exemplo.



FREDIE DTDJER JR. E HERMES ZANETI JR.

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 bá lei que cuide especialmente dessa situação, tampouco a Constituição Federal tratou de resolver o problema. Surgem, basicamente, duas cotTentes 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 parque/. 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.166

A segunda cotTente 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 a causa que venha a demandar.

Se for, poderá fazê-lo perante qualquer órgão do Poder Judiciário.

Parece-nos que a segunda cotTente 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 de cada Ministério não está constitucionalmente vinculada à competência dos órgãos judiciais, sendo objeto das leis complementares. A LC 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 MPF 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, quer porque o rol do art. 1 09 da CF/88 é exaustivo e nele não há referência ao Ministério Público Federal.

c) A expressa autorização para o l itisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos para a propositura de ação civil pública (art. 5°, §5º, Lei Federal nº 7.347/85) revela nitidamente a possibilidade de o Min istério 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 aceito da tese ora defendida.

166. Trata-se de tese ardorosamente defendida por ALMEIDA, João Batis1a de. Aspec1os co111rover1idos da ação civil pública. São Paulo: RT, 200 l, p. 98-103. O autor é, ao menos, coerente: considera inócuo, improfícuo, espúrio, impossível juridicamente o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos (ob. cit., p. 103-106).

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) d) Se assim não fosse, o Ministério Público Estadual ficaria na dependência da atuação do MPF, 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. Trata-se de um absurdo que, por si, já justificaria essa corrente defendida.167

e) "O titular do direito de ação é o MP como instituição e não por seus órgãos fragmentados".168

f) Como ficaria, assim, a presentação 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 M P, o STF, recentemente, aceitou a legitimidade ordinária do Ministério Público Estadual para impetrar mandado de segurança. 169

No mesmo sentido o STJ reconheceu, a partir da legitimidade recursai do M PE, a atribuição para atuação direta no Tribunal: "O Ministério Público estadual tem legitimidade recursai 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 RlSTJ. A nova orientação baseia-se no fato de que a CF estabelece como princípios inslitucionais do MP a unidade, a indivisibilidade e a independênciafimcional (art. 127, § l º, 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. 1 28, l e 11, da CF). O MP estadual não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou instilucional, à chefia do MPU, o que lhe confere ampla possibilidade de postulcu; autonomamente, perame 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, §§ 1° e 3°, da CF), sinaliza a inexistência dessa relação hierárquica. Assim, não pennilir que o MP do estado intetponha recursos em casos em que seja autor da ação que tramitou originariamente na Justiça estadual, ou mesmo ajuizar ações ou medidas originárias (mandado de segurança, reclamação constitucional, pedidos de suspensão de segurança ou de tutela antecipada) nos tribunais superiores, e nelas 167. Muito bem lembrou NERY Jr., Nelson. Código de Defesa do Consumidor come111ado pelos aurores do anleproje10. 5" ed. São Paulo: Forense Universitária, 1 998, p. 798.

1 68. NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa, Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil eT/ravaganle em vigo1: 6' ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1 .535.

1 69. 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 revisionai (transcrições), MS n.

28.827/SP. Igualmente, Boletim Informativo do STF, nº 686, MS n. 28.028/ES. Ambos rei. Min. Carmen Lúcia.

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 tribuna/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 awor, 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, ncio 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 Parquetfederal 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. 1 94.892-RJ, rei. Mfo. Mauro Campbell Marques,j. em 24.10.2012.

g) Como ficaria, por exemplo, a situação do M P Estadual djante da negativa de informações não-sigilosas por autoridade coatora v.inculada à União (p. ex.: delegado Chefe da Receita Federal)? Ocorre, no caso, que a solicitação é do próprio órgão do M PE, portanto a autoridade coatora (Delegado Chefe da Receita Federal) é responsável por obstaculizar, mediante ato ilegal e abusivo, as atribui

ções investigativas do parque! estadual. Como o "direito" atingido é do MPE, como órgão, por óbvio é ele que detém a legitimidade autônoma e ordinária para a impeh·ação do mandado de segurança, que, no caso, não é uma ação coletiva, mas, sim, uma demanda para a tutela do poder-dever do MP, que foi ofendido.

Observem, ainda, que a competência será da Justiça Federal, embora o autor seja o MPE, mas o MPF deverá manifestar-se como custos legis, por força do art. l O

da LMS,já que se trata de direito referente às atribuições do órgão (manifestação obrigatória de mérito), sendo nítido exemplo de atuação conjunta do M P como órgão agente e órgão interveniente.

Confirmam tudo o quanto se disse neste item os §§ 5° e 6° do art. 20 do CBPC

-TBDP: "§ 5° Os membros do M iillstério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado (artigo 24, inciso III) ou do Distrito

Federal (artigo 24, inciso IV), independentemente de seu âmbito te1Titorial de atuação. §

6° Será admüido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados".

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 358



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, l ". T, Resp n. 440.002-SE, rei. Min. Teori Zavascki, j. em 1 8. 1 1 .2004, publicado no DJ em 06. 1 2.2004 (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 M inistério Público Federal. Nesse caso, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art.

1 09, 1, 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 Judiciários 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, Ili) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 1 09, X!) - 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 pólo ativo (CF, art. 1 09, !)".

A l ª T. do STF, em precedente recente, acolheu esse entendimento expressamente no julgamento do agravo regimental no R E n. 596.836-ES, rei. Mina.

Carmen Lúcia,j. em 1 0.05.201 L , publicado no DJe de 26.05.20 1 1 . Sobre o assunto, ver, também, o v. 1 deste Curso, no capítulo sobre competência17º.

10.2. A questão do enunciado n. 489 da súmula STJ

O S uperior 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 170. Assim, também, DIDIER Jr., Fredie. "Ministério Público Federal e competência da Justiça Federal". Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 196, 201 1 , p. 463-468.

que o Tribunal interpretou o art. 1 09, I da CR/88 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 crv1s PÚBLICAS PRO

POSTAS PELO MlNISTÉR.10 PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. CONSU

MIDOR. CONTINÊNCIA ENTRE AS AÇÕES. POSSIBILIDADE DE PROVJ

MENTOS JURlSDICIONALS 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. 1 09, inciso l, 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 Juizo Federal. 3. Precedentes do STJ: CC 90. 722/BA, Rei. Ministro José Delgado, Relator pi Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ de 1 2.08.2008; CC 90. l 06/ES, Rei. 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 COMPETÊN

CIA DO mízo FEDERAL DA 15ª VARA CÍVEL DA SEÇÃO JUDJClÁ RIA DO

ESTADO DE SÃO PAULO PAR.A O JULGAMENTO DE AMBAS AÇÕES CTVlS

PÚBLICAS. 5. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.

(CC 1 1 2 1 37/SP, Rei. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVER.TNO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 2411 1/2010, DJe 01/12/201 0).

CONFLITO POS!TrVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÕES crvrs PÚBLICAS. ACESSO À PRAIA E RECUPERAÇÃO

DO MEIO AMBI ENTE. CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA JURISDrCIONAL

DA JUSTIÇA FEDERAL. 1 . A competência da Justiça Federal, prevista no art.

1 09, l, 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

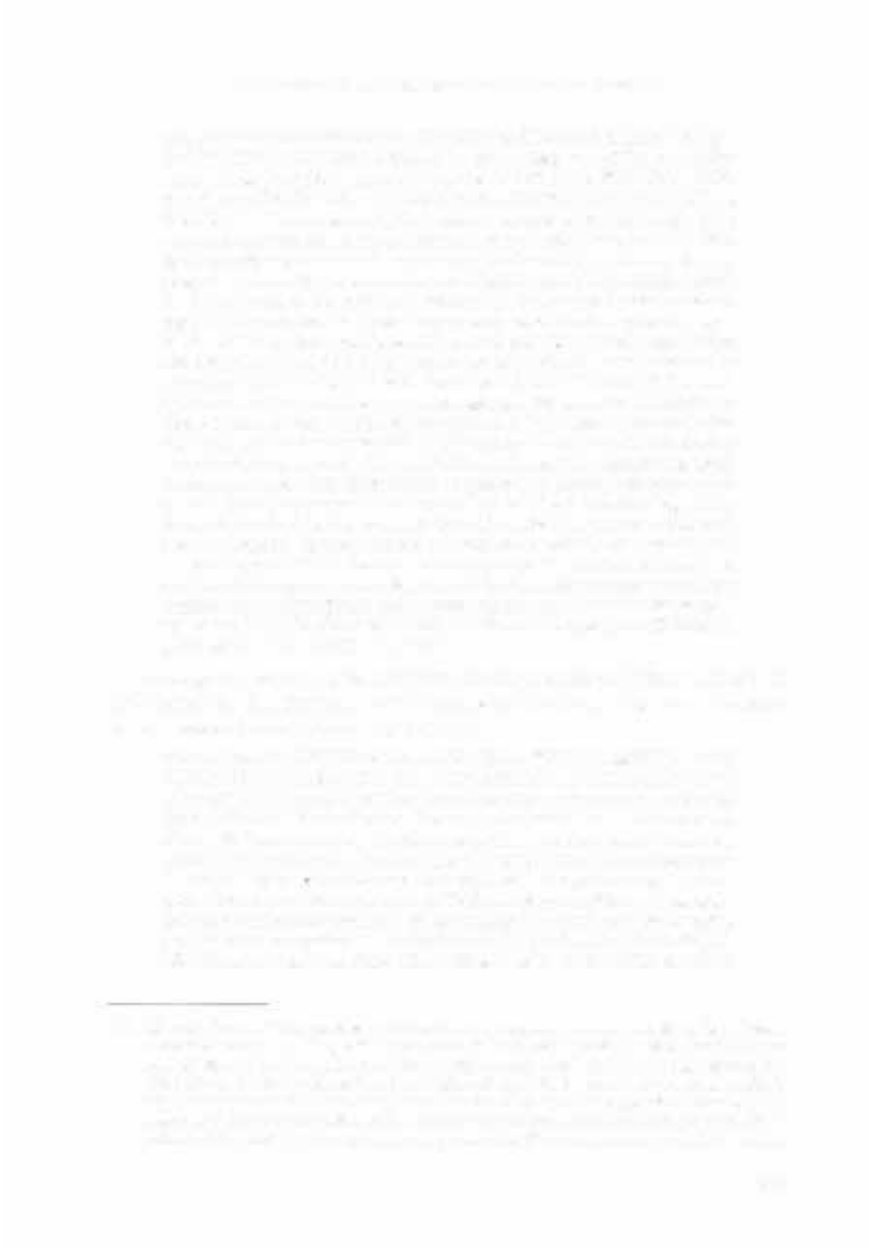
competência será da Justiça Federal. 2. É da natureza do federalismo a supremacia da União sobre Estados-membros, supremacia que se manifesta inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição 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 Juizo Federal para ambas as ações.

(STJ, 1° S., CC n. 90.1 06/ES, rei. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 27.02.2008, publicado no DJe de 1 0.03.2008).

Sucede 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. 1 09, 1, da CF/88.



ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL)

CONFLITO DE COMPETÊNCLA. AÇÕES CIVIS PÚ BLICAS. JOGOS ELETRÔ

NJCOS. JU [ZOS ESTADUAL E FEDERAL. INTERESSE DA UNlÃO.ATRAÇÃO

DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAR AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS.

CON

FUTO CONHECIDO PARA DETERMrNAR 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 pemmnente 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, Rei. Min. Teori Zavascki, DJU 28/04/2004) 3. "ln casu", há de se considerar, na espécie, a preponderação da Ação Civil Pública proposta na Justiça Federal, gerando alrnção das propostas na Justiça Estadual. Embora seja fato que o que se discute oas 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. Conseqüentemente, qualquer litígio existente sobre a questão atrai a competência da Justiça Federal para analisar o alo 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, J" S., CC n. 56.460/RS, rei. Min. José Delgado, j. em 28.02.2007, publicado no DJ de 1 9.03.2007, 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 subsome ao inciso T do art. 1 09 da CF/88.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO

MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO CIVIL

PÚBUCA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLlCO FEDERAL. RELAÇÃO DE

CONTrNÊNCIA. 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, 1 ª S., CC n. 22.682/RS, rei.

Min. Franciulli Neto, j. em 09.04.2003, publicado no DJ de 1 2.05.2003, p. 206).171

1 7 1 . Cf. trecho do voto: "Nesse sentido, permita-se transcrever a percucientc manifestação da douta Subprocuradoria-Gcral 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 Constituiçcio. é improrrogável por conexão, não podendo abranger causa em que a Unicio, autarquia, fundação pública federal não for parte, o que, em princípio, sugere que o conflito em exame deva ser resolvido em favor 361

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

A reunjão 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 concomüância de decisões contraditórias que tenham eficácia erga omnes em todo o território nacional, o que geraria grave insegurança jurídica.

Para isso, contudo, é preciso é que ambas as j ustiças sejam competentes para

julgar a causa, seja em razão da pessoa, seja em razão da matéria, permüindo-se a reunião em face da continência para evitar julgamentos contraditórios.172

Ora, por outro lado, a simples presença do Miillstério 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 l " Turma do STF na matéria, e, neste ponto, merece ser revisada - conforme apontado no item anterior.

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 relembrado, 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 MPF não é suficiente para isso.

-

l 0.3. J ntervenção como custos legis

O Ministério Público atua nas demandas coletivas ora como custos legis, ora corno substituto processual. 173 Waldemar Mariz de Oliveira Jr. afirma que a substi-da competência da justiça estadual. Os awos, entretanto, revelam uma peculiaridade que está a indicar solução diversa. É que na ação civil pública proposta perante o juízo suscitante discllle-se a respeito da legalidade dos convénios celebrados entre a União Federal e o Estado do Rio Grande do Sul e com base em tais convénios 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, 11a medida em que o eventual reconhecíme11to da nulidade dos convênios torna atllomaticamente im•álido o procedimento de licitação (..) " (fls. 1 041105).".

1 72. Outrns 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).

173. Exemplo da substituição processual pelo Ministério Público diverso do referente aos processos coletivos revela-se na anulação de casamenlo celebrado por autoridade incompetente (art. 1 .549, do 362

PROCESSUAL) tuição processual pelos órgãos do Ministério 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 Parque! "não são insuflados por nenhum interesse pessoaf'.174

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.

A liás, há norma expressa no sentido de impor a participação do Ministério Público como.fiscal da lei: "O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei" (art. 5°, § 1 °, da Lei n.

7.347/ 1 985).

Há quem entenda que, sendo proposta a ação por membro do Ministério Público, dispensada é a sua intervenção.175 Não nos 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.176

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 presentado 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 presentado 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.177

N.C.C.). Cf. BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. llio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1 , p. 1 1 O.

1 74. OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. S11bstit11ição processual. São

Paulo: RT, 1 969, p. 135 e 1 72. Reforça esse posicionamento na conclusão (nº 1 1): "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. 1 75).

175. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. Código de Processo Civil come111ado e legislação ex/ravagante. 8" ed.

São Paulo: RT, 2004, p. 1 .428.

1 76. 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. 2° ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 570-575.

1 77. "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, 363



FREDIE DIDIER JR. " HERMES ZANETI JR.

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 Parque/ 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?

A jurisprudência e a doutrina tendem a permitiT o ajuizamento das ações, reconhecendo a legitimidade ativa, quer seja indisponível ou disponível o direito homogêneo alegado, desde que, nesle último, se apresente com relevância social (presença forte do interesse público primário) e amplitude significativa (grande o número de djreitos individuais lesados). 178 Nestes casos, não serã.o simples direitos individuais, mas interesses sociais que se converteram, em razão de sua particular origem comum, em direito individuais homogêneos. A finalidade social afeta "sempre" o M inistério Público. Daí a feliz síntese de Hugo Nigro Mazzilli:

"Ora, qual a finalidade do M inistério Público? Segundo a própria Constituição, é a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais (sempre) e dos interesses individuais (apenas se indisponíveis)".179

1, c), por juiz federal de primeira instância, em ra:z.'lo de ter j ulgado 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 Mcllo, limar Galvào, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio que reconheciam a qualidade de interessada à Procuradora da República nos tem1os 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 (RJSTF, art. 1 59: 'Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante'.)". Rei 2. 1 38-DF, rei. Min. Nelson Jobim, 20.1 1 .2002. (Rcl-2 138).

178. 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, 3'. Tunna, Resp. 267.499 - SC, Min. Ari Pargendler,j. 09.1 0.2001).

1 79. Entre muitos cf. MAZZlLLI, Hugo Nígro, 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 urna indisponibilidade ligada à qualidade da parle; b) atuação em decorrência de uma indisponibilidade ligada à natureza da relação jurídica; e) 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 364

ASPECTOS GERAJS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) O único freio ao aj uizamento 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 expressamente determina que são funções institucionais 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. 1 29, IX)".

Contudo, podemos explorar um pouco mais este debate.

Muito embora prevaleça o entendimento acima, a j urisprudência e a doutrina estão repartidas em quatro teses (teoria ampliativa, teoria restritiva absoluta, teoria restritiva aos 0.1.H. indisponíveis e teoria eclética ou mista). Alguns identificam nesses casos a constante existência do interesse público, tão somente pelo fato de se tratar de ação coletiva, o que tornaria os direitos tutelados automaticamente indisponíveis legitimando a atuação sempre do Parquet como autor18º

e interveniente custusjuris (teoria ampliativa); outros identificam a inexistência de legitimação do MP nos casos que envolvam litígios que versem sobre direitos individuais homogêneos, por falta de previsão expressa no art. 1 29, l l I da CF/88, (teoria restritiva absoluta); também argumentam os detratores da legitimação do MP que a legitimação para tutela dos direitos individuais homogêneos se restringe aos direitos individuais (in)disponíveis, nos termos do art. 1 2 7 caput da CF/88, interpretação gramatical que resulta na teoria restritiva da tutela apenas aos direitos individuais homogêneos indisponíveis, principalmente para veicular pretensões que versem sobre tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos benefícios podem ser individualmente determinados (direitos disponíveis e meramente individuais -

sic. teoria restritiva), nesses casos, um dos argumentos mais fortes é a ausência

-

de norma regulamentar sobre em que se constituiriam os "interesses sociais"

previstos no art. 1 27, caput (demandando legislação infraconstitucional, como ocon-e com o art. 1 ° do CDC); e por último, aqueles que procuram no caso concreto identificar a existência de um relevante interesse social que legitime o Ministério Público (teoria eclét�ca).

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 Parque/ em juízo, desde que a situação protegida seja ampla e relevante, ganhando conotação social."

(LEONEL, Ricardo ele Barros, Manual do processo coletivo, cit., p. 433).

180. "A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais

homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples falo de o interesse ser supra-individual, por si só já o roma indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações". (REsp 637.332/RR, Rei. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24.1 1 .2004, DJ 1 3 . 1 2.2004 p. 242).

365

Defendemos que o interesse social é sempre presente nas ações coletivas, o que determina a obrigatória intervenção como custus nos casos em que não tenha atuado como parte; nada obsta, contudo, que se faça algumas ponderações sobre a legitimação, aspecto diferente desse fenômeno.181 Isso porque a teoria eclética deve predominar.182

Temos incluído nos elementos do nosso conceito de direitos coletivos sempre a presença do interesse público, mas, nem por isso, defendemos a legitimação do M P para todas as demandas coletivas. Isso ocorre por ser clara, pel.o menos para nós, a distinção entre o estado ideal de coisas (mera abstração das idéias) e a realidade do concreto mundo fenoménico. Nesse sentir, viola o senso crítico a possibilidade do M inistério Público tomar a iniciativa de investigar e propor ação que beneficie titulares de direitos individuais disponíveis que possam se organizar adequadamente e não dependam de sua intervenção (como por exemplo, a discussão sobre a obrigatoriedade de "associação" dos policiais militares 1 8 1 . Carlos Henrique Bezerra Leite conflita com esse entendimento, pelo menos em parte, dado a específica situação dos direitos do traballlador. 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: a 11ovaj11risdição trabalhista 111etai11divid11al e legitimaçtio do Ministério Público. São Paulo: LTr, 200 1 .

pp. 1 93-204)". Seu entendimento funda-se na similitude com o direito none-americano das class actio11s, fundado no tripé: a) permitir a aglutinação de diversos litígios individuais numa única demanda coletiva; b) amenizar barreiras psicológicas e técnicas que impedem ou dificuham 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 Jo MP no Brnsil atual, muito embora possa ser defendida a utilidade e superioridade na tutela coletiva desses direitos individuais (ação ajuizada por colegitimado com atuação do MP como c11s111s juris). Transcrevemos o resumido 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 fi liado, com temperamentos, já que separo a legitimação da atuação c11st11s j11ris, sempre obrigatória], emprega a interpretação

sistemática dos arts. 129, 111, 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. 1°. do COC. Essas normas aplicadas de forma integrada, tal como permitido pelos arts. 2 1 da LACP e 90 do COC, autorizam a ilação 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 [)(do art. 1 29 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 indisponiveis, estando, pois, ao albergue incondicional da proteção institucional cio Parq11et, ex vi do an. 127 da CF." Cita jurispn1dência recente do TST (Recurso de Revista 8 1 0.59712001 .0). Ministério Público do 7i·abal/10, p. 237.

182. Nesse sentido, com profunda exposição de suas razões, Teori Albino Zavascki. Processo Coletivo, p.

223 e ss.

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) do Distrito Federal). 183 Em verdade, a linha é muito tênue, mas em um país em desenvolvimento e com um povo necessitado como o nosso não subsiste qualquer lógica em ser o MP legitimado à tutela dos direitos "de bem", daqueles que, por sua condição social, econômica e cultural, podem muito bem se defender sozinhos. Atuará nesses caso apenas como custus juris. A distribuição racional dos poderes e deveres do Estado deve atender primeiro aos mais necessitados.

.

Aliás, esse é o sentido da propalada "função promocional" do Parquet. O

Ministério Público brasileiro mudou em 1 988, 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 nafimção, 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. 184 Essa função promocional bem sintetiza uma mudança cultural 1 83 . Por outro lado, as prudentes razões do Min. Demonstram a impossibilidade de se ampliar totalmente a legitimação do MP: "O direito subjetivo posto em voga é individual e disponível. Muitos dos integrantes do quadro associativo podem não estar se sentindo lesados, outros podem até não querer se desligar da associação, não concordando, inclusive, com a intervenção ministerial. De fato, consta da inicial que a entidade conta com quase dez mil associados, mas, como o próprio recorrente anota, somente parte deles mostra-se irresignada com a situação. Ademais, não se verifica a relevância da causa para a coletividade. A atuação do Ministério Público na propositura de ações coletivas para defender direitos transindividuais, repiso, deve estar amparada pela gravidade da lesão e pela sua repercussão na sociedade, de modo a garantir não só a reparação do dano, mas também a eficácia da ordem jurídica."

Perceba, que no caso se tratava "de saber da legitimidade do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para ajuizar ação civil pública, objetivando impedir a associação de forma compulsória dos integrantes do quadro da Polícia M ilitar do Distrito Federal junto à Caixa de Assistência Social da PMDF-CABE, ao argumento de que não lhes é dado a opção de integrar o quadro associativo ou dele se desligar". A eventual legitimação ampliada para os indivíduos do grupo (CBPC-lBDP), poderá solucionar esse impasse. O certo é que o MPDFT teria "outros" interesses sociais mais relevantes para concentrar seus esforços, cabendo talvez ao próprio acordo de vontades das partes, independentemente do Judiciário, solucionar a tormentosa questão (Cf. REsp 6 1 3 .493/DF, Rei. Ministro CESAR

ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 04.08.2005, DJ 20.03.2006 p. 2 8 1).

l 84. Tenho pensado, com freqüência, na necessidade de reavivarmos a discussão sobre a formação de nossa matriz constitucional, nesse sentido, com a dicção expressa de Campos Salles no prólogo ao Decreto 848/1890, fica claro que ao Judiciário coube o papel de substituir o Poder Moderador, na função de garantir hannonia e equilíbrio aos demais poderes (Cf. Zaneti Jr, Processo Consti/Ucional, p. 27). Como o Judiciário é inerte, a República, representando o interesse comum do povo e os ditames da própria Constituição, exige, por legítima conseqüência, um poder ou órgão que atue em sua defesa de forma ativa (outra face do Poder Moderador que não foi relegada ao Judiciário), essa é a função do Ministério Público, ex vi art. 127 da CF/88. Tudo em um quadro alterado pelos influxos do neoconstitucionalismo. Em certa medida, também compartilha essa visão Gustavo Tepedino, ao afirmar: "Tão Profunda alteração do papel e dos objetivos do Estado implica a radical transformação das funções do Ministério Público.

A preservação da ordem pública, cometida ao parque/, não se identifica mais com a aplicação de sanção pelo descumprimento de leis. E o gendarme noturno, mero observador dos protagonistas sociais em ação, torna-se agente ativo e protagonista central, ele próprio, das transformações impostas à sociedade pelo constituinte." (Cf. "A Questão Ambiental, o Ministério Público e as Ações Civis Públicas". ln: Temas de Direito Civil, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 337.).

FREDIE DIDrER JR. E HERMES ZANETI JR.

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 jmídico) agregando-se o papel de promoção e mudança no estado das coisas.185 Essa função sobressai expressa

na própria letra constitucional do art. 129 e seus quatro incisos iniciais. "Promover" e tornar-se o agente, por excelência, das transformações sociais, valores constitucionais e da efetivação do catálogo de direitos fundamentais previstos na Carta M agna, vértice do ordenamento jtu-ídico.

"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 l iberalismo 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 pennitido - 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 al11ação. O que importa assinalar, no entanto, é que tal função corresponde a uma lógica e uma ideologia condizentes com os 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, confonne entreviu Norberto Bobbio, verdadeira função promocional, 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.".186

Para exercer essa importante função promocional, de alavanca do sistema de freios e contrapesos, a Constituição conferiu ao Ministério Público afunção 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 (RE 1 6323 1 /SP). Sobre esse prisma, com esta orientação ideológica, deve ser orientada nossa mundivisão.

1 85. ldéiasjã desenvolvidas por Carlos Henrique Bezerra Leite, fundado nas premissas de Gustavo Tepedino, no completo Ministério Publico do Trabalho, 3. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 97 e ss.

186. Gustavo Tepedino. "A Questão Ambiental, o Ministério Público e as Ações Civis Públicas". ln: Temas de Direito Civil, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 337-338.

ASPECTOS GERAlS DA TUTELA COLETIVA (MATERJAL E PROCESSUAL)

Normalmente se afirma que a legitimação no Brasil é ope legis, quero dizer, controlada apenas pelo legislador. Essa afirmação, contudo, deve ceder à primazia da realidade. É tendência internacional, mesmo nos países de civil law.181 Hoje, na jurisprudência, começa a perseverar o controle judicial da adequada legitimação, seguindo a tendência dos ordenamentos modernos de

acompanhar, pelo juiz, a adequada representação das partes envolvidas. Portanto, correta a doutrina ao afirmar que a legitimação no Brasil não se limita ao legislador, ocorrendo também o controle opejudicis. Um dos casos em que esse controle tem se mostrado mais rigoroso é na legitimação do Ministério Público.188

Ora, não é de hoje a resistência quanto a legitimação do MP para a tutela dos direitos coletivos lato sensu. 189 Esta solução isolada, legitimar o Ministério Público, em razão de identificar todo direito coletivo lato sensu com o interesse

"público", já vinha assim descrita, "um primeiro modelo é aquele com base no qual os interesses difusos são considerados como 'públicos', onde se atribui ao M inistério Público a legitimação para agir na sua tutela. É isto que, se interpreto corretamente, foi permitido pelo art. 1 29, f l l, da Constituição brasileira. Na Europa, porém, esta solução não se demonstrou muito eficiente, e isto por várias razões, incluindo o fato que muitas vezes o Ministério Público não tem nem a 187. Ver, sobre a existência de um paradoxo metodológico entre commom law e civil law no processo civil brasileiro, entre o direito constitucional de cariz norte-americano (mandado de segurança, controle difuso de constitucionaliclade,j11dicial review, ênfase no direito público) e o infra-constitucional do CPC (ênfase no direito privado), bem como, a tendência de aproximação das grandes tradições, Hermes Zaneti Júnior. Processo Constit11cio1111/: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007 (tese de doutorado).

188. José Marcelo Menezes Yigliar afirma, com razão: "O nosso sistema atual de verificação dessa condi

ção - ninguém cm sã consciência o nega - carece de aperfeiçoamento. Fizemos uma suposta adesão ao denominado sistema ope legis crendo que, apenas por pertencermos à família jurídica do civil la111, a previsão legal de um rol de legitimados bastaria à solução do problema. Puro engano. A jurisprudência (bastante expressiva), formada ao longo desses 20 anos de prática de processos coletivos, que versa a condição cio legitimado ativo, não me deixa mentir nem exagerar. Em especial - e basla o leitor se socorrer de qualquer repertório autorizado -, considere-se a jurisprudência formada em relação ao Ministério Público. Estivéssemos num sistema ope legis (nunca estivemos porque ele é impraticável), e não se discutiria tanto, cm juízo, a preliminar da legitimação ativa!"(Cf. "Defcndant class action brasileira: limites Propostos para o 'Código

de Processos Coletivos ". ln: Ada Pellegrini Grinover; Aluísio G. de Castro Mendes; Kazuo Watanabe. Direito Pmcessual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, 2006. p. 3 1 3).

1 89. O grande defensor da tutela processual desses direitos, Mauro Cappellelti, foi um dos árduos combatentes da não exclusiva legitimação desses órgãos cf. Mauro Cappelletti. "La Dimensione Sociale: L'Acesso nlla Giustizia". l n : Dimensione dei/a Ciustizia nel/e Società Contemporanee. Bologna: li Mulino, 1 994. p. I 06- 1 1 7. Ressaltando, ademais, o papel dos juristas brasileiros (em especial Ada Pellegrini Grinovcr, José Carlos Barbosa Moreira e Kazuo Watanabc), bem como a exemplaridade ele nosso texto constitueional e, adotando, como já havia feito, por coerência, a defesa de uma solução

"pluralística", ao estilo, "quanto mais legitimados, melhor", por sinal, expressamente reconhecendo em nosso Código do Consumidor esta solução.



independência, nem a especialização necessária para se fazer um eficaz campeão destes novos interesses, nos quais são frequentemente exigidos conhecimentos e informações de natureza econômica, comercial, tecnológica (mesmo química, ecológica, sanitária, etc.)". Isto não impediu o genial italiano de afinnar:

"É possível, por outro lado, que as mencionadas razões do pouco sucesso na Europa desta solução não se apliquem na mesma medida 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. Fique bem claro que independência e especialização são as duas condições absolutamente necessárias para o sucesso da solução aqui considerada".190

Bom, o nosso M P não poderia ser mais especializado. Por isso correta a tendência dos tribunais de reconhecer a legitimação do Ministério Público quando na tutela de direitos individuais homogêneos for perceptível o interesse social relevante compatível com as finalidades da instituição.

Aliás, esse entendimento foi albergado e sufragado nova e recentemente pelo STF, em matéria previdenciária, que transcrevemos pela importância:

"EMENTA : DIREITOS INDIVIDUAJS HOMOGÉNEOS. SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CERTJDÃO PARCLAL DE TEMPO DE SERVIÇO.

RECUSA DA AUTARQUIA PREV1DENC1ÁRIA. DIREITO DE PETIÇÃO E

DIREITO DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO EM REPARTJÇÕES PÚ BLICAS.

PRERROGATNAS JURÍDICAS DE ÍNDOLE EMfNENTEMENTE CONSTI

TUCIONAL. EXISTÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. AÇÃO

CIVTL PÚBLICA. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MJNlSTÉRIO PÚBLICO. DOU

TRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO fMPRV I DO.

Torna-se necessário reconhecer que 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), a defesa (individual ou coletiva) de direitos ou o esclarecimento de situa

ções, de tal modo que a injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adeciuados, como o mandado de segurança (RT

222/447 - RT 294/454 - RF 230/83, v.g.) ou como a própria ação civil pública, esta, nos casos em que se configurar a existência de direitos ou interesses de caráter transindividual, como os direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos.

190. Mauro Cappelletti. "L' Acesso alia Giusiizia dei Consumatori". Tn: Dimensione dei/a Giusrizia nella Società Conremporanee. Bologaa: 11 Mui mo, 1994. p. 1 1 O.

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) Isso significa, portanto, presente o contexto em exame, que, tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, 'assim entendidos os decorrentes de origem comum' (CDC, art. 8 1 , parágrafo único, n. Il i), justifica-se o reconhecimento da legitimidade ativa 'ad causam' do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública, pois, segundo entendimento desta própria Corte Suprema, os direitos ou interesses individuais homogêneos qualificam-se como 'subespécie de direitos coletivos' (RTJ 1 78/377-378, Rei. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno), o que viabiliza a utilização- inteiramente adequada ao caso- desse importante instrumento de proteção jurisdicional de situações jurídicas impregnadas, como sucede na espécie, de metaindividualidade.

(...)

Esse entendimento - que reconhece legitimidade ativa ao Ministério Público para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos impregnados de relevante natureza social - reflete-se na jurisprudência fimrnda por esta Suprema Corte (RTJ 1 85/302, Rei. Min. CARLOS VELLOSO - AI 49 1 . 1 95-AgR/SC, Rei.

Min. SEPÚLVEDA PERTENCE- RE 2 1 3.01 5/DF, Rei. Mio. NÉRI DA SILVEIRA

- RE 255.207/MA, Rei. Min. CEZAR PELUS O - R E 394. 1 80-AgR/CE, Rei. Min.

ELLEN GRACIE - RE 424.048-Ag.R/SC, Rei. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

R.E 44 1 .3 18/DF, Rei. Min. MARCO AURÉLIO - RE 470. 1 35-AgR-EDfMT, Rei.

Min. CEZAR PELUSO):

(...)

Tenho para mim que se revela inquestionável a qualidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública objetivando, em sede de processo coletivo - hipótese em que estará presente 'o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público (CF 1 27 'caput' e CF 1 29 IX)' (NELSON

NERY JUNIOR, 'O

M inistério Público e as Ações Coletivas', 'in' 'Ação Civil Pública', p. 366, coord.

por Édis Milaré, 1 995, RT - grifei) -, a defesa de direitos individuais homogêneos, porque revestidos de inegável relevância social, como sucede com o direito de petição e o de obtenção de certidão em repartições públicas (CF, art. 5º, XXXJV), que traduzem prerrogativas jurídicas de índole eminentemente constitucional, ainda mais se analisadas na perspectiva dos direitos fundamentais à previdência social (CF, art. 6º) e à assistência social (CF, art. 203).

Na realidade, o que o Ministério Público postulou nesta sede processual nada mais foi senão o reconhecimento - e conseqüente efetivação - do direito dos segurados da Previdência Social à obtenção da certidão parcial de tempo de serviço.

Nesse contexto, põe-se em destaque uma das mais significativas funções institucionais do Ministério Público, consistente no reconhecimento de que lhe assiste a posição eminente de verdadeiro 'defensor do povo' (HUGO NIGRO MAZZILLI,

'Regime Jurídico do Ministério Público', p. 224/227, item n. 24, 'b', 311 ed., 1 996, Saraiva, v.g.), incumbido de impor, aos poderes públicos, o respeito efetivo aos direitos que a Constituição da República assegura aos cidadãos em geral (CF, art.

129, ll), podendo, para tanto, promover as medidas necessárias ao adimplemento de tais garantias, o que lhe permite a utilização das ações coletivas, como a ação



civil pública, que representa poderoso instrumento processual concretizador das prerrogativas fundamentais atribuídas, a qualquer pessoa, pela Carta Política, '(...) sendo irrelevante o fato de tais direitos, individualmente considerados, serem disponíveis, pois o que lhes confere relevância é a repercussão social de sua violação, ainda mais quando têm por titulares pessoas ás quais a Constituição cuidou de dar especial proteção' (Rs. 534 - grifei).

(...)

A existência, na espécie, de interesse social relevante, amparável mediante ação civil pública, ainda mais se põe em evidência, quando se tem presente - considerado o contexto em causa - que os direitos individuais homogêneos ora em exame revestem-se, por efeito de sua natureza mesma, de índole eminentemente constitucional, a legitimar, desse modo, a instauração, por iniciativa do Ministério Público, de processo coletivo destinado a viabilizar a tutela jurisdicional de tais direitos.

A obrigação de o MP ajuizar ACP na defesa de direitos individuais homogêneos está expressa, sem restrições, na LOMP 25 IV 'a'. A LOMPU 6.0 VIT 'd', aplicável ao MP dos Estados (LOMP 80), legitima o MP para ajuizar ACP na defesa de 'outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos'. A LOMPU 6.0 XII determina ser atribuição do MP 'propor ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos', não deixando dúvidas sobre a legitimidade e a obrigatoriedade de o MP ajuizar 'ACP coletiva' na defesa desses direitos 'individuais homogêneos'.' (grifei) Os fundamentos que dão suporte à presente decisão, quer aqueles de caráter doutrinário, quer os de índole jurisprudencial, todos por mim precedentemente referidos, levam-me a concluir, no exame desta causa, que o acórdão ora recorrido ajusta-se à diretrizjurisprudencial que esta Suprema Corte finnou na análise da controvérsia constitucional em questão.

Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso exrraordinário, para negar-lhe provimento. (STF, RE n. 472489/RS, Rei. Min. Celso de Mello, DJ

de 1 3. 1 1 .2007)".'91

1 0.5. Ministério Público e o seguro decorrente do D PVAT: o enunciado n.

470 da súmula do STJ

O STJ recentemente decidiu pela ilegitimidade do Ministério Público nos casos que envolvem o DPVAT, nada obstante a existência de alguma divergência.192 A questão foi consolidada na súmula da jurisprudência do STJ: "n. 470.

1 9 1 . Cf. Informativo n. 488 do STF, de 13 de novembro de 2007. Disponível para consulta em www.stf.

gov.br.

192. AÇÃO CIVIL PÚ BLICA. !LEGITIMIDADE. MP. DPVAT. Trata-se de recurso especial reme1ido à Seção sobre ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em desfavor de seguradora, ao fundamento de que as indenizações de DPVAT foram pagas em valores inferiores aos previstos em lei, fato que causa danos materiais e morais aos consumidores. Para a Min. Rela101; na hipótese dos autos. os direitos defendidos são a111ó110111os e dispo11í1•eis. sem qualquer caráter de 372

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL)

"O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em beneficio do segurado".

Embora pacificada, o tema merece reflexão.

Como se sabe, existiram quatro entendimentos sobre a legitimação do ministério público para a tutela dos direitos individuais homogêneos: a) não há legitimação para tutela de direitos individuais homogêneos por não ter sidó prevista na Constituição, que fala apenas em direitos difusos e coletivos (a11. 1 29, III); b) não há legitimação para direitos individuais homogêneos quando o direito individual recolhido no "feixe" formado em razão da origem comum for disponível (ao que parece este foi o entendimento de base do enunciado referido); c) a legitimação ocoJTe não somente nos casos de direitos individuais indisponíveis (que formem o referido "feixe"), mas também nos casos de direitos individuais homogêneos que apresentem interesse social. Esta é a leitura predominante nos tribunais e na doutrina, tendo merecido destaque por força da autoridade de Hugo Nigro Mazzilli na matéria. A base dogmática é a interpretação do art. 1 27, caput da CF/88; d) em se tratando de ação que veicule direitos individuais homogêneos se presume o interesse social, logo, sempre estará legitimado o M inistério Público.

A última corrente mereceu o apoio recente do projeto de sistema único do processo coletivo (PL 5 . 1 39/09), que se encontra atualmente afetado à Câmara indisponibilidade. O fato de a contrataçcio desse seguro (DPVA T) ser obrigatória e atingir parte da população não lhe co11)ere relevância social a po1110 de ser defendida pelo Ministério Público. Além disso, tal seguro é obrigatório, sua conlratação vincula a empresa de seguro e o contratado, relação eminenLemente particular, tanto que, na ocorrência do sinistro, o beneficiário pode deixar de requerer a cobertura ou dela dispor. Ademais, os precedentes deste Superior Tribunal são nesse mesmo sentido. Com esse entendimento, a Seção, prosseguindo o j ulgamento, deu provimen10 ao recurso. REsp 858.056-GO, Rei. Min. João Otávio de Noronha, j. em 1 1 .6.2008.

Em sentido diverso, no mesmo STJ, PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO

PÚBLICO. SEGURO 013RIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS - DPVAT. DIR.EITO INDIVIDUAL

HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAIS
CONFIGURADOS. - A Lei 7.347/85 se aplica a quaisquer interesses difusos e coletivos, tal como definidos nos arts. 8 1 e 82, CDC, mesmo que tais interesses não digam respeito a relações de consumo. - O Ministério Público tem legitimidade processual extraordinária para, cm substituiçfio ãs vítimas de acidentes, pleitear o ressarcimento de indenizações devidas pelo sistema do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais -

DPVAT, mas pagas a menor. - A alegada origem comum a violar direitos pcrtenccnles a um número determinado de pessoas, ligadas por esta eircuns1âneia de falo, revela o caráter homogêneo dos interesses individuais em jogo. Inteligência do art. 8 1 , CDC. - Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância. Precedentes. - Pedido, ademais, cumulado com o de ressarcimento de danos morais coletivos, figura que, em cognição sumária não exaurienle, revela a pretensão a tutela de direito difuso em relação à qual o Ministério Público tem notório i111eresse e legitimidade processual. - Não sendo o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais - DPVAT assemelhado ao FGTS, sua tutela, por meio de Ação Civil Pública, não está vedada por força do parágrafo único do art. Iº da Lei 7.347/85. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 855.1 65/GO, Rei. Min. Nancy Andrighi, Terceira Tunna, DJe 1 3/0312008).

373

FREDIE DtOIER JR. E HERMES ZANETI JR.

dos Deputados para julgamento. Conforme o projeto: "Art. 2° § 1 ° A tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e Lndividuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica".

Já nos posicionamos favoravelmente a terceira corrente, que é predominante, mas talvez seja o momento de repensar o problema: se milhões de pessoas carentes, assassinadas em nossas rodovias, que por serem párias do sistema, dependem em tudo do Estado, até mesmo da assistência judiciária para receber

as diferenças do DPVAT (quando conseguem compreender que foram lesadas em parcela de seus direitos), não representam, para o Tribunal, relevante interesse social, talvez seja realmente a hora de repensarmos este modelo, reconhecendo aos direitos individuais homogêneos, como um todo, a prerrogativa de relevante interesse social, salvo se não forem homogêneos, embora, no caso, o sejam.

1 0.6. Ministério Público e proteção ao erário

Outra questão que pode ser extraída dessa temática é a relação entre o Ministério Público e a proteção do patrimônio público e social.

A proteção do patrimônio público e social pelo M P é assegurada constitucionalmente pelos art. 1 27, caput e 129, III (CF/88). Com a ampliação do objeto da ACP, pelo art. 1 º, IV (norma de encerramento) e pelos incisos III e VI, a legislação infraconstitucional também recepcionou essa possibilidade. Para além disso, a Lei de Improbidade Administrativa também possibilita ao MLnistério Público o exercício dessas nobres funções no interesse público (art. 1 7 da Lei 8.429/92).

Cândido Dinamarco, contudo, entende que a CF/88 vedou ao MP essa possibilidade. Extrai tal conclusão do enunciado do art. 1 29, IX, infine: ... 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 MP.

"Por isso, são ilegítimas perante a Constituição as disposições de direito infraconstitucional que vão além, para afirmar a legitimidade do MiDistério Público também para os füígios 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 no cofres públicos. Eventual direito dos entes estalais 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. 1 29, inc. lX), sendo indispensável o advogado para a represemação dessas

entidades no processo civil (art. 1 33)". '93

193. DlNAMARCO, Cândido, lnsti111ições de direito processual civil, t. 2, p. 435.

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) Ousamos discordar do notável jurista. Na verdade, a característica de ser sua função institucional, através da ação civil pública e do

inquérito civil, a proteção do patrimônio público e social e sua incumbência constitucional a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais suplantam, com vantagem, a aparente contradi

ção. Quando atua na tutela do patrimônio público, o MP está agindo em defesa do interesse público primário: o "bolso" do cidadão contribuinte, interesse do povo e não do Estado. De outra sorte, atua geralmente co11h·a os interesses imediatos das entidades públicas, quase sempre para conformar as suas práticas aos ditames da lei e da Constituição.

Por outrn lado, Cândido Dinamarca refere ainda que:

"o patrimônio público e social, a que alude art. 129 em sua exemplificação, não pode ser algum patrimônio que tenha titular determinado, porque esse não é difuso nem coletivo.

O art. 25, inc. IV, letra b, da lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, transgride essas regras constitucionais ao legitimar o Ministério Público para as ações de 'anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado'; na realidade, ele está tratando tais demandas como autênticas ações populares (Ada Pellegrini Grinover) e, com isso, invadindo a área de legitimidade constitucionalmente reservada ao cidadão (Const., art. 5°, inc. LXXUJ)".194

Ora, a afirmação de que não se trata de defesa de direitos coletivos lato sensu deve ser mais bem verificada. Para além da dimensão difusa da defesa do patrimônio público, frisamos: bolso do cidadão, que apresenta aspectos até mesmo transgeracionais, uma vez que a defesa desses direitos assegura às gerações futuras um Estado mais hígido, o patrimônio público e social foi expressamente reconhecido em lei e na Constituição como direito coletivo lato sensu. Aliás, existe urna contradição entre a afirmação de que é caso de ação popular, não de ACP, e ao mesmo tempo de que não se trata de direitos difusos. Ora, sabidamente a ação popular tutela direitos difusos, é a nossa seminal ação coletiva.195

Apontemos dois exemplos.

A permissão para que os próprios entes públicos escolham qual o pólo que pretendem l itigar, incluída no regime da ação popular e da açã.o de improbidade administrativa, e o regime da desistência na AP e na ACP, depõem no sentido de

que o interesse público ali é mais relevante cio que o interesse da administração, do Estado ou governo de ocasião. Jsso basta. Não bastasse, existe presunção de constitucionalidade das regras da LOMPU e da LONMPE que determinam a possibilidade de ajuizamento de ações para a tutela do patrimônio público e social (art. 6º, VI, b da Lei Complementar 73/93 e a11. 25, IV, b da Lei 8.625/93).

194. DINAMARCO, Cândido, instituições de direito processual civil, t. 2, p. 435.

195. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A ação popular do direito brasileiro como insrrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'". Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1 977, 1 • série.

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Aliás, a própria Constituição excluiu a tipicidade absoluta das ações civis públicas quando determinou que "a legitimidade 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" (art. 1 29, § l 0 da CF/88). Dessarte, não se pode cogitar de usurpação da legitimidade do cidadão para propositura de ação popular, este continua com legitimidade concorrente para tanto.

Emerson Garcia sugere, com base na jurisprudência do STF e do STJ, os seguintes casos em que assiste legitimidade ao Ministé1io Público para ajuizar ação em defesa do patrimônio público e para coibir a improbidade administrativa: 196 a) ao ressarcimento de danos causados ao patrimônio público por agente público; b) a exigir a devolução de remuneração a maior recebida por Vice-Prefeito, consoante deliberação do Tribunal de Contas; e) a ressarcir o erário dos danos causados pela malversação das verbas públicas; d) a exigir a devolução ao erário municipal de verbas de representação recebidas indevidamente por Vice-Prefeito; e) a anulação de contrato para a realização de obra pública, quando não precedido de licitação ou quando esta for ilegal; f) a anulação de contrato para a prestação de serviços do S istema Único de Saúde - SUS, sem a observância de prévio procedimento licitatório; e g) a coibir a propaganda pessoal do agente público em detrimento do erário e da moralidade administrativa.

Aliás, esse pensamento já está consolidado na súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, no nº 329: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público."

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já admitiu a querela nullitatis deduzida em uma ação civil pública, proposta pelo Ministério Público para 196. Este é o emendimento do autor e do STJ: "Ainda que não catalogada no rol do an. 1° da Lei nº 7.347/85, a improbidade administrativa, disciplinada na Lei nº 8.429/92, pode ser coibida via ação civil pública". GAR

CIA, Emerson. Ministério Público: orga11izaçcio, a1rib11içôes e regime jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 262. Vale frisar, contudo, que uma coisa é a busca da recomposição patrimonial, viável pela ação popular, pela ação civil pública e pela ação de improbidade administrativa. Outra, e aí reside a distin

ção, é a aplicação da sanção ao administrador em face da improbidade reconhecida, esta é especificamente objeto de regulação pelo art. 1 2 da LIA e os legitimados para requerê-la são apenas aqueles que detennina o art. 17, da mesma Lei 8.429/92. Nesse sentido: "'Além do Ministério Público, somente a pessoa jurídica lesada pelo ato de improbidade está legitimada a deduzir em juízo a pretensão de aplicação de sançõe?

previstas no an. 12 da Lei de Improbidade. isto em razão dos claros tem1os do an. 17 deste diploma legal. E

irnponante não conjimdir a legitimidade para a demanda que busque à recomposição do patrimônio público, outorgada aos cidadãos (an. 5º, LXXIll, da CR/88 e Lei 4.717/65) e às associações (Lei 7.347/85), com aquela que vise à aplicação de sanções ao ímprobo. Neste caso busca-se a efetividade do direito sancionador, de índole eminentemente pessoal e repressiva, enquanto que a anulação dos atos lesivos à moralidade administraliva e a busca de recomposição do patrimônio público visam a resguardar um direito penencente à coletividade, o qual não pode ser confundido com a restrição ao status dig11i1a1es do agente público. Ainda que haja similitude na causa de pedir, os objetivos são nitidamente distintos". GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade ad111i11isn-a1iva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1 8 1 .

 invalidar decisão judicial proferida sem a citação de um Estado-membro, no caso litisconsorte necessário-unitário, como forma de proteção do Erário.197

10.7. Ministério Público como parte e a prerrogativa funcional da reserva de "assento à direita do órgão jurisdicional" (art. 4 1 , Xl, 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 1.ocal deve estar o membro do M P em uma audiência ou sessão em Tribunal?

A dúvida decorre da regra do inciso XJ do art. 41 da Lei n. 8.625/ l 993: "Art. 4 1 .

Constituem prerrogativas dos membros do M inistério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: (. . .) X I - tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Twma".

Alguns membros do M P 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 MP estaria ao lado do magistrado. A cadeira ficaria vazia.

Não parece correta essa aplicação da prenogativa institucional, adequada para as situações em que o Ministério Público exerce a função de custos legis, quando assume uma posição eqüidistante em relação aos litigantes. Como o Ministério Público, no caso, não é parte, reservar-lhe um lugar próprio na audiência, distinto daqueles reservados às pa1ies, não parece ofender o devido processo legal. Nessas hipóteses, e somente nessas, a prenogativa 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 urna 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 193. STJ, 2' T., REsp 445.664-AC, rei. originário Min. Peçanha Martins, rei. para acórdão Min. Eliana Calmon,j. em 1 5.4.2004, publicado no DJ de 07.03.2005.

de somenos, trata-se de conduta que deve ser observada, p1incipalmente 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.

1 1 . QUESTÕES RECURSAIS

1 1 . 1 . O recurso de terceiro

11.1.1. Consideração introdutória

O recurso de terceiro é modalidade de intervenção de terceiro. Trata-se de afirmação assente em toda doutrina.198 Diferencia-se, assim, de institutos semelhantes previstos no direito estrangeiro, como a oposição de terceiro do direito italiano e a tierce opposition do direito francês, que são meios de impugnação da coisa julgada (ações autônomas), e não recurso.

Como modalidade interventiva, fundamenta-se nos mesmos princípios e :finalidades de toda a teoria geral da intervenção: visa a evitar decisões contraditórias e abrir oportunidade para que terceiros, que sofreriam as conseqüências de uma decisão, participem do feito. Em razão disso, impõe-se, para o recurso de terceiro, geralmente, o denominado interesse jurídico, também exigido para as outras hipóteses de intervenção de terceiros (art. 499 do CPC).

A intervenção de terceiro pode produzir efeitos que repercutam nos aspectos objetivo (objeto do processo) e subjetivo (sujeitos parciais) da relação jurídica processual, tomando-a, por exemplo, mais complexa. A oposição e a denunciação da lide implicam ampliação objetiva e subjetiva do processo. O chamamento ao processo e a assistência implicam. a seu turno, apenas acréscimo subjetivo. A nomeação à autoria tem por efeito processual a substituição de uma pa1te ilegítima por outrn legítima, sem qualquer adendo no plano objetivo.

Feito o painel do que seja o recurso de terceiro, vejamos como é o seu regramento nas causas coletivas.

11.1.2. Regras básicas

O cabimento do recurso de terceiro em causas coletivas segue o regramento da assistência em causas coletivas. É possível fomrnlar as seguintes regras: 198. Sobre o tema, ver o DIDIER Jr. Frcdie. Recurso de 1erceiro -j11ízo de admissibilidade. 2' ed. São Paulo: RT, 2005.

a) nas causas coletivas, não cabe recurso de terceiro interposto por particular, excepcionando-se o caso do cidadão-eleitor, em demandas que versem tema típico de ação popular; cabe, nestas causas, recurso de terceiro interposto por colegitimado, até aquele momento estranho ao feito, que, a partir de então, passa a figurar no processo na condição de assistente litisconsorcial; b) na ação

popular, cabe recurso do cidadão-eleitor, até então estranho ao litígio, na qualidade de terceiro, submetendo-se, a pa1tir do seu ingresso, ao regime da assistência litisconsorcial; cabe recurso de terceiro por quem não é cidadão (associação civil, Ministério Público etc.), na ação popular, se esta tiver por objeto tema que poderia ter sido objeto de ação civil pública, desde que o recorrente tenha legitimidade para tanto;

c) cabe recurso do paiticular-prejudicado-substituído, até aquele momento estranho ao feito, na qualidade de terceiro, nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos, passando a intervir como assistente litisconsorcial.

Há, no entanto, situação peculiar do recurso de terceiro em causa coletiva, que merece tratamento isolado.

11.1.3. Recurso de terceiro colegitimado contra a homologação de compromisso judicial de ajustamento de conduta

Aceita-se, nos planos doutrinário e jurisprudencial, que as partes l i tigantes firmem acordos em demandas coletivas, de modo a que se ponha fim ao processo com julgamento do mérito (art. 269, I l i, CPC). O assunto foi tratado em item específico.

Consoante se pôde demonstrar, o regime de produção da coisa j ulgada nas demandas coletivas é distinto do regramento comum; a eficácia subjetiva da coisa julgada é um dos pontos distintivos determinantes. Assim, havendo homologa

ção de acordo judicial em causa coletiva, haverá produção da coisa j ulgada erga omnes, impedindo a repropositura da demanda por qualquer dos colegitimados, inclusive por aqueles que não paiticiparam da celebração do negócio jurídico. O

acordo fumado não produz efeitos apenas em relação aos acordantes, pois o seu objeto é direito transindividual.

Estas 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. Nestas circunstâncias, não demanda o terceiro ação nova; exerce, pelo recurso, a ação cuja legitimidade também é sua e já fora exercida

por outro 379

FREDIE ÜIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

colegitimado. Assume o processo no estado em que se encontra, sem alterá-lo objetivamente. Não há, com isso, supressão de instância.

Acaso não se permita esta impugnação recursai do terceiro, estará sendo vedado o acesso do colegitimado ao Judiciário, pois, com a coisa julgada, nenhum juizo poderá reapreciar a causa - este ponto também é fundamental, pois, nos litígios

individuais, a coisa julgada suJgida 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 ernjuizo é uma decisão de mérito, e portanto poderá ser acobertada pela intangibilidade panprocessual da coisa julgada material".199

1 1 .2. O interesse recursai

O interesse recursai nas demandas coletivas merece uma reflexão mais demorada, em razão das diferenças que existem entre os regimes de produção da coisa julgada individual e coletiva.

Este regime diferenciado de coisa julgada repercute, sem dúvida, no sistema recursai do Código de Processo Civil, notadamente no que diz respeito ao interesse recursai. Analisemos os casos da apelação e dos embargos infringentes, para exemplificar.

Diz-se, costumeiramente, que não cabem embargos infringentes se a divergência, no acórdão, se deu na fundamentação; fundamentos diferentes, com conclusão semelhante, não autorizam a interposição do mencionado recurso.200 A divergência deve dizer respeito à conclusão do voto, ao decisum. Se a decisão for unânime, ainda que por motivos diferentes, não há divergência; se a conclusão é a mesma, em nada ajuda o autor a prevalência do voto vencido.201 Esta concepção justifica-se no regime comum de produção da coisa julgada material: como a fundamentação 1 99. RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de aj11s1amento de co11d11ta - 1eoria e prática.

Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 237. Também admitindo o questionamento do acordo pelo colegitimado, José Marcelo Vigliar, Ação Civil Pública, p. 90.

200. "Se, por fundamentos outros, os votos proferidos no julgado são unânimes cm sua conclusão, a votação há de ter como unânime." (STJ,]' Turma, REsp 5.865-SP-EDcl, rei. Min. Pedro Acioli, j. 06.05.91, colhido por Theotônio Negrão, ob. cit., nota l 3c ao art. 530, CPC, p. 591).

201. \llOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Cõdigo de Processo Civil. 12' ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 5 1 4-515.

 é irrelevante para a coisa julgada, pouco importa a sua rediscussão, pela absoluta inutilidade.

De modo semelhante é o que ocorre com a apelação: não se apela para discutir

apenas a fundamentação; a irresignação tem que estar centrada no que foi decidido, pois é sobre ele que o manto da coisa julgada cairá. Há, também aqui, falta de interesse.

Não é isto o que acontece, enh·etanto, com as demandas coletivas, em que a coisa j u 1 gada é secundu m eventu m probation is. Nesses casos, não há coisa julgada se o juízo de improcedência se fundamentar na falta de prova; se a improcedência fundar-se na inexistência de direito, há coisa julgada material. Assim, há interesse recursai 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 julgada material.2º2

1 1 .3. O efeito suspensivo dos recursos.

De acordo com art. 497 do CPC, ressalvados o recurso especial, o extraordinário e o agravo de instrumento, os recursos no direito processual civil brasileiro têm, em regra, efeito suspensivo ope legis, ou seja: basta a interposição do recurso que a eficácia da decisão mantém-se suspensa.

Sucede que o art. 1 4 da Lei Federal nº 7.347/1 985 (LACP) seguiu outro caminho: "O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte". (. . .) "Corno a norma estabelece poder o juiz conceder efeito suspensivo aos recursos, significa a contrario sensu que os recursos no sistema da LACP têm, sempre, o efeito meramente devolutivo como regra geral".203 A norma aplica-se a todos os recursos.

No CBPC-UERJ/UNESA a opção foi a de restringir a incidência da norma ao recurso de apelação: "Art. 2 l . Efeitos do recurso da sentença. O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode 202. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12' ed., cit., p. 302; JOR

GE, Flávio Cheim. "Embargos infringentes: uma visão atual". Aspectos polémicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9. 756198. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord.). São Paulo: RT, 1 999, p. 266-267; ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de processo civil, São Paulo, RT, 2000, v.

2, p. 194-1 95; ZARIF, Cláudio. "Sistema recursa! nas ações coletivas". Aspectos polêmicos e alllais dos recursos cíveis e de outrasformas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo, RT, 200 J , p. 21 1-212.

203. NERY JR., Nelson, N ERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigo1; 5ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 1.553.

atribuir ao recurso efeito suspensivo". Solução quase idêntica é a do CBPC-IBDP, ressaltando, porém, a necessidade de proceder-se a um juízo de ponderação: "Art. 1 3 .

Efeitos do recurso da sentença definitiva- O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de dificil reparação, hipótese em que o juiz, ponderando os valores em jogo, poderá atribuir ao recurso efeito suspensivo".

É preciso que a parte interessada peça a concessão do efeito suspensivo,204 que pode ser deferido tanto pelo juízo a quo quanto pelo juízo ad quem. É possível a concessão de efeito suspensivo apenas em relação a um dos capítulos da decisão.

Não se trata de poder discricionário do magistrado. Preenchido o conceito indeterminado ("dano irreparável à parte"), a conseqüência jurídica é uma só: a concessão do efeito suspensivo ao recurso.205

Observe-se, porém, que na ação popular a apelação tem efeito suspensivo quando interposta contra sentença que julgar procedente a demanda (art. 1 9, caput, Lei Federal nº 4.7 1 7/ 1 965).

12. O REEXAM E NECESSÁRIO

A Lei de Ação Civil Pública não prevê uma regra especial de remessa necessária, como oc01Te com a Lei de Ação Popular, art. 1 9, que afirma que a sentença de carência ou de improcedência da ação popular submete-se a duplo exame.

Fica, então, a dúvida: em ação civil pública, qual é o regime jurídico do reexame necessário? Há quatro possibilidades: a) não há reexame necessário em ação civil pública; b) aplica-se a regra geral do CPC (art. 475);22º6 c) aplica-se, por analogia, a regra da lei de ação popular;207 d) aplicam-se ambos os regimes, porque não são incompatíveis.

Opta-se pela última solução.

204. Em sentido contrário, NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legisla

ção processual civil extravagante em vigo1; 5ª ed., cit., p. 1.553.

205. Assim, NERY Jr., Nelson, N ERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigo1; 5• ed., cit., p. 1 .553; ABDO, Helena Najjar. Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popula1: Susana Henriques da Costa (coord.). São Paulo: Quarlier Latin, 2006, p. 505.

206. MAZZlLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 15' ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.

388.

207. SAAD NETIO, Patricia Mara do Santos; GOMES Jr., Luiz Manoel. "O art. 475, inciso 11, do CPC e o sistema recursai nas ações civis públicas". Aspectos polémicos e atuais dos recursos cíveis e de 0111ras formas de impugnação das decisões judiciais. São Paulo: RT, 2003, p. 445-446.

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA (MATERIAL E PROCESSUAL) Assim, condenada a Fazenda Pública em ação civil pública, há remessa necessária; j ulgada improcedente ação civil pública ou extinto o processo por carência de ação, envolva ou não ente público, há, também, remessa necessária.

A opção é reforçada pela regra do § 1° cio art. 4° ela Lei 7.853/1 989, que prevê a remessa necessária de sentença terminativa proferida em processo coletivo instaurado para a tutela de direitos de pessoas portadoras de deficiência.

Há quem ainda proponha, coerentemente, que o apelo ao microssistema 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 ao reexame necessário.208

Hugo Nigro Mazzilli, no entanto, sem enfrentar as observações dos dois autores paulistas, entende aplicável unicamente o regime do art. 475 do CPC à ação civil pública.

O CBDP-IBDP, porém, prevê expressamente que não caberá reexame necessário da sentença em ação coletiva (art. 14, par. ún., CBDP-IBDP).

208. MOTTA JR., Eduardo de Carvalho. füpecificidades dos recursos, da remessa 11ecessária e da suspensão de segura11ça 110 processo coletivo. Monografia (Graduação cm Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 201 O, p. 59-62.

CAPÍTULO X

COISA JULGADA

Sumário • l. 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. O arl.

16 da LACP e a restrição territorial da coisa julgada coletiva - 4. Repercussão da coisa julgada coletiva no plano individual (§§ 2º e 3º do art. 1 0 3 do CDC)- 5. Alguns posicionamentos doutrinários críticos à extensão da coisa julgada ao plano individual sec11nd11111 eventum litis - 6. Transporte in utilibus da coisa julgada penal coletiva para a esfera coletiva e individual (art. 1 03°, § 4º, CDC) - 7. Coisa julgada na ação de improbidade administrativa - 8. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo- 9. Ação rescisória de sentença coletiva fundada em prova nova: análise da proposta do Código Modelo de Processos Coletivos para a I bero-américa.

1 . NOÇÕES GERAIS SOBRE O REGIME J UR ÍDICO DA COISA JUL

GADA.

Considera-se a coisa j ulgada como a situação jurídica que torna indiscutível as eficácias constantes do conteúdo de determinadas decisões jurisdicionais. Trata-se de conteúdo inerente ao direito fundamental à segurança jurídica.

O regime jurídico da coisa julgada coletiva é bastante diferenciado em relação ao processo individual. É u m dos aspectos mais peculiares da tutela jurisdicional coletiva.

Considera-se regime jurídico da coisa julgada o conjunto normas jurídicas que estruturam o fenômeno coisa j ulgada, dando-lhe fe ições, contornos, características próprias. 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.

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 indiscutibi.lidade 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 385

terceiros, pessoas que não participaram do processo, vinculando-os. É o que ocorre, geralmente, nos casos em que há substit11ição processual, em que o substituído, apesar de não ter figurado como parte na demanda, 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,1 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 ex.tensão da coisa julgada erga omnes, para os direitos difusos, e ultra partes, para os direitos coletivos em sentido estrito (art. 1 03, 1 e "JJ 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, somente se submete à coisa j ulgada material as eficácias (conteúdo) da norma jurídica individual izada, contida no dispositivo da decisão, que julga o pedido (a questão principal). A solução das questões na fundamentação (incluindo a análise das provas) não fica indiscutível pela coisa j ulgada, pois se trata de decisão sobre questões incidentes. 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 j ulgada.

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 definüiva ali proferida sempre será apta a produzir coisa julgada. Essa é a regra geral, amplamente dffimdida países latino-americanos.

Em segundo lugar, temos a coisajulgada secundum eventum litis que é aquela que somente é produzida quando a demanda for j ulgada 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.

1. GlDI, Antonio. Coisajulgada e /i1ispe11dência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1 995, p.108-1 12.

Em terceiro lugar, há ainda a coisajulgadasecundum 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 j ulgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não formará coisa julgada.

A coisa j ulgada é, também aqui, pro et contra, pois surge independentemente do resultado da demanda, mas poderá ser revista se houver outra prova. M itiga-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 da própria cognição revelar-se secundum probationem.2 Assim, considera-se excepcionada, nesses casos, a vedação ao non liquet em matéria probatória.

2. REGIM E J U R ÍDICO DA COISA JULGADA COLETIVA

2.1. Nota introdutória

Inicialmente, cumpre lembrar que a coisa j ulgada 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 individuo titular do direito subjetivo, que poderia ficar sujeito à "imutabil idade" de uma decisão da qual não participou: o problema decotTe da circunstância de que o legitimado à tutela coletiva é sempre 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 sarne claim")3 e a necessária estabilidade jurídica para o Estado ("lt is in the interest of the state that there be an end to litigation")4: 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. l 03 do CDC, que funciona como a regra geral do microssistema da tutela coletiva.

2. 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.; SCA.RANCE

FERNANDES, A. Recursos no processo penal, p. 378-379; WATANABE, Kazuo. Da cognição no pmcesso civil, 2. ed. p. l 19-120 e nota 169; LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública, p. 281-286, entre outros.

3. FRIEDENTl-IAL, KANE e MILLER. Civil procedure, p. 614-6 apud GIDI, Coisa julgada e litispendência em ações colelivas, p. 228.

4. FRJEDENTHAL, KANE e MILLER. Civilprocedure, p. 6 1 4-6 apud GIDI, Coisajulgada e /itispendência em ações coletivas, p. 229.



FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

"Art. 1 03. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: 1 - '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 l do parágrafo

único do art. 8 1 ;

I I - '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. 8 1 ;

.m - 'erga omnes ', apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso l ll do parágrafo único do art. 8 J ".

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 situação jurídica titu.larizada por um grupo, todo o grupo, e por conseqüência 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 cerebriLia: a coisa julgada atingirá todo o grupo, e seus membros: se o grupo é composto por pessoas indetem1inadas, 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 ajuízo com a mesma demanda, lastreada em nova prova, de qualquer espécie (documental, testemunhal, pericial etc.).

A regra já era extrnível dos demais diplomas do microssistema. As locuções

"exceto se o pedido for julgado improcedente por falta de provas" (art. 1 03, l) e "salvo improcedência por insuficiência de provas" (art. 1 03 , II) traduzem essa característica dos processos coletivos, presente igualmente no art. 1 6 da LACP

("exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas") e no art. 1 8 da LAP ("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 segurança5, bem como preservar os processos coletivos do conluio e da fraude processual.

Importante ressalvar que o julgamento por insuficiência de provas não precisa ser expresso. 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 mostra-se suficiente para eventualmente resultar na procedência do pedido. Aprova su.ficiente é um requisito específico das ações coletivas6. 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.

O CM-GIDI descreveu bem a fórmula adequada para compreender a coisa julgada secundum eventum probationis: "Art. 1 8. J . Se a ação coletiva for julgada improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado coletivo poderá 5. 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 basla11te 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 ã bipótese de improcedência do pedido, 11a qual se faz necessário afastar, ou pelo menos abrandar, os riscos das soluções extremas. De um lado, se se limitar o âmbito de atuação ela coisa

julgada ao cidadão que propôs a ação popular, expõem-se o alo 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).

6. 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.

propor a mesma ação coletiva, valendo-se de nova prova que poderia levar a um diferente resultado".

Somente a prova capaz de levar a um "diferente resultado" é hábil a ultrapassar o juízo de admissibilidade da ação coletiva re-proposta.

Convém observar, ainda, que a decisão de procedência ou de improcedência, com esgotamento de prova, está apta a tomar-se indiscutível no âmbito coletivo.

Ou seja, nessas situações, não será admissível a repropositura da demanda coletiva, mesmo que por outro colegitimado.

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 li/is. 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, indepe11dente111ente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma pro et contra."; conclui: "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 eve11t11111 I it is não é a formação da co isa julgada, mas a sua extensão

'erga omnes 'ou 'ultra parles 'à esfera jurídica individua/ de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva.,.,_

A lição é correta e precisa ser difundida, para a coITeta compreensão da regra do rnicrossistema.

2.3. Coisa julgada coletiva nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos

O inciso I I I do art. 1 03 do microssistema 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 I I I 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.8

7. GIDI, Antonio, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, cit., p. 73-74.

8. Perceba, não se trata de transporte in 11ti/ih11s (infra), pois essa já é a finalidade da açilo para tutela dos direitos individuais homogêneos. Os direitos individuais homogêneos, como vimos, é uma ficção juridica para possibili1ar a tutela coletiva, cons1ituídos ele três fases na sua tutela: a) direitos coletivos em sentido amplo a1é a sentença 110 processo de conhecimerllo; b) direitos individuais para fins de liquidação e execu

ção; e) direitos coleiivos em sentido amplo caso não ocorra a liquidação e execução cm número compatível com a gravidade do dano (fluid recove1y).

COISA JULGADA

Não há regramento, no entanto, da coisajulgada coletiva, somente da extensão da coisa julgada coletiva ao plano individual. Talvez isso decorra 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 cmso, 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 microssistema coletivo, pode-se 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 j ulgada 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 I II, que não prevê a exceção da coisa j ulgada no caso de insuficiência ou falta de provas.9

3. O ART. 1 6 DA LACP E A RESTRIÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA COLETIVA

Foram feitas, no capítulo sobre a competência na ação coletiva, inúmeras críticas à restrição territorial que o art. 1 6 da LACP faz em relação à coisa julgada coletiva: "A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão pro/ator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

Remetemos o leitor para o quanto foi dito naquele capítulo, não sem antes observar que, nos anteprojetos do CBPC, existe previsão expressa para sanar a incompatibilidade sistemática dessas limitações, os dispositivos estão assim redigidos: "A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada erga omnes." (art. 1 2 e 22, §§ 4º, respectivamente do CBPC/

IBDP e CBPC/UERJ-UNESA).1º A matéria, como vem sendo ressaltado em inúmeros precedentes jurisprudenciais e na doutrina mais abalizada, resultou de infeliz redação legislativa por uma série de motivos: a) é inconstitucional, ferindo o acesso à justiça, a igualdade e a universalidade da jurisdição; b) é ineficaz, já que a disciplina do art. 1 03 do CDC mais ampla e estar inserida no microssistema 9. 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.

1 O. Fazendo referência aos projetos conferir o texto de BATISTA, Roberto Carlos. Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 143-144.



do processo coletivo, aplicando-se também ã LACP; c) não se trata de limitação da coisa julgada mas da eficácia da sentença, ferindo a disposição processual de que a jurisdição é uma em todo território nacional; e, por último, d) é contrária a essência do processo coletivo que prevê o tratamento molecular dos litígios, evitando-se a fragmentação das demandas.

4. REPERCUSSÃO DA COISA JULGADA COLETIVA NO PLANO I N D I

VI DUAL (§§ 2 º E 3 º D O ART. 1 03 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 ã liquidação dos seus prejuízos e promover a execução da sentença (art. 1 03, § 3º). Trata-se do denominado transporte in utilibus da coisa julgada coletiva para o plano individua/11•

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. 1 03, § 1 º, CDC12), por outro, a sentença de procedência nas ações para tutela de direitos di fusos e coletivos stricto sensu poderá ser liquidada e executada no plano individual sem a tlecessidade de um novo processo para a afirmação do an debeatur (o quê é devido). 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 penal13.

1 1 . Na proposta de Antonio Gidi de um Código de Processos Coletivos, a coisa julgada colc1iva rcpercu1e na esfera individual, ressalvados os casos de improcedência por representação inadequada ou por falta de provas. Na verdade, nestes dois casos não há sequer coisa julgada coletiva. Eis a sua proposta: "Anigo 18.

Coisa julgada coletiva. 18. A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, excc10 se a improcedência for causada por: l - representação inadequada dos direitos e interesses do gmpo e de seus membros; (Vide an. 3 , H); 1l - insuficiência de provas. l 8. l . Se a ação coletiva for julgada improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado coletivo (vide an.

2) poderá propor a mesma ação coletiva, valendo-se de nova prova que poderia levar a um diferente resultado. 18.2. Os vícios de que trata este artigo serão

conhecidos tanto pelo juiz da causa como pelo juiz da ação individual ou coletiva posteriormente proposta. 1 8.3. Na ação individual proposta por um membro do grupo vinculado pela coisa julgada coletiva somente poderão ser discutidas questões não acobenadas pela coisa julgada coletiva e qucs1õcs de natureza individual". A idéia é originária do Direito norte-americano e deve ser recebida com cautela.

12. "Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos 1 e li não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do gmpo. categoria ou classe".

13. G!Dl, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações cofelivas, cit., p. 73-74.

COISA JULGADA

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 nas demandas coletivas.

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 individual. Assim, é inconstitucional a restrição imposta pelo ait.

211-A, caput e § 1 ° da Lei n. 9.494/1 997, que determina a limitação da coisa julgada a alguns associados e ao domicílio no âmbito territorial do órgão prolator da decisão. 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 a justiça é amplo, nos termos da Constituição, para alcançar toda a situação j urídica 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.

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. 1 0 3 do C DC : "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.

FREOIE ÜIOIER JR. E HERMES ZANETI JR.

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 material, 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 material 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.

5. ALGUNS POSICIONAM ENTOS DOUTRINÁRIOS CRÍTICOS À EX TENSÃO DA COISA J ULGADA AO PLANO I N DIVIDUAL SECUNDUM E VENTUM LJTIS

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 expresso texto normativo do art. l 03 do CDC.

Bateram-se nesse sentido juristas como CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSo, em ai1igo publicado sobre o mandado de segurança coletivo, logo após a promulga

ção da Constituição14• Assim, também, JOSÉ ROGÉRJO CRUZ E Tucc1, 15 que, em seu estudo inicial sobre o mandado de segurança coletivo, ainda antes da vigência do CDC, afumou 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 auto-exclusão 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 14. V ELLOSO, Carlos Mario da Silva. "Do mandado de segurança e iustitulos afins na Constituição de 1 988".

ln: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo . . \llandados 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.

15. Cabe a advenência que a obra do au1or. pioneira no tema, foi escrita logo após a Constituição e anteriormente a vigência do coe.

394

COISA JULGADA

da preclusão proveniente da res iudicata, por terem oportunamente exercido o direito de auto-exclusão"16•

Na doutrina italiana MAURO CAPPELLETTI 17 apresentou-se frontalmente contrário à idéia 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 inex.istente 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".18

Observe que o nosso sistema não adotou a coisajulgada coletiva secundum eventum litis; o que é secundum eventum litis é a repercussão da coisa julgada coletiva no plano individual.

Essa é uma postura voltada para a garantia do devido processo legal em favor do réu. A crítica de CAPPELLETTI à coisa j ulgada 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 outrn associação?"19•

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. N o sistema atual apenas a extensão subjetiva da coisa j ulgada é que será secundum eventum litis.

16. TUCCI, "Class action" e mandado de segurança coletivo - diversificações conceptuais, p. 50.

1 7. CAPPELLETII, Mauro, App11n1i sulfa tutela giurisdizionale di in1eressi

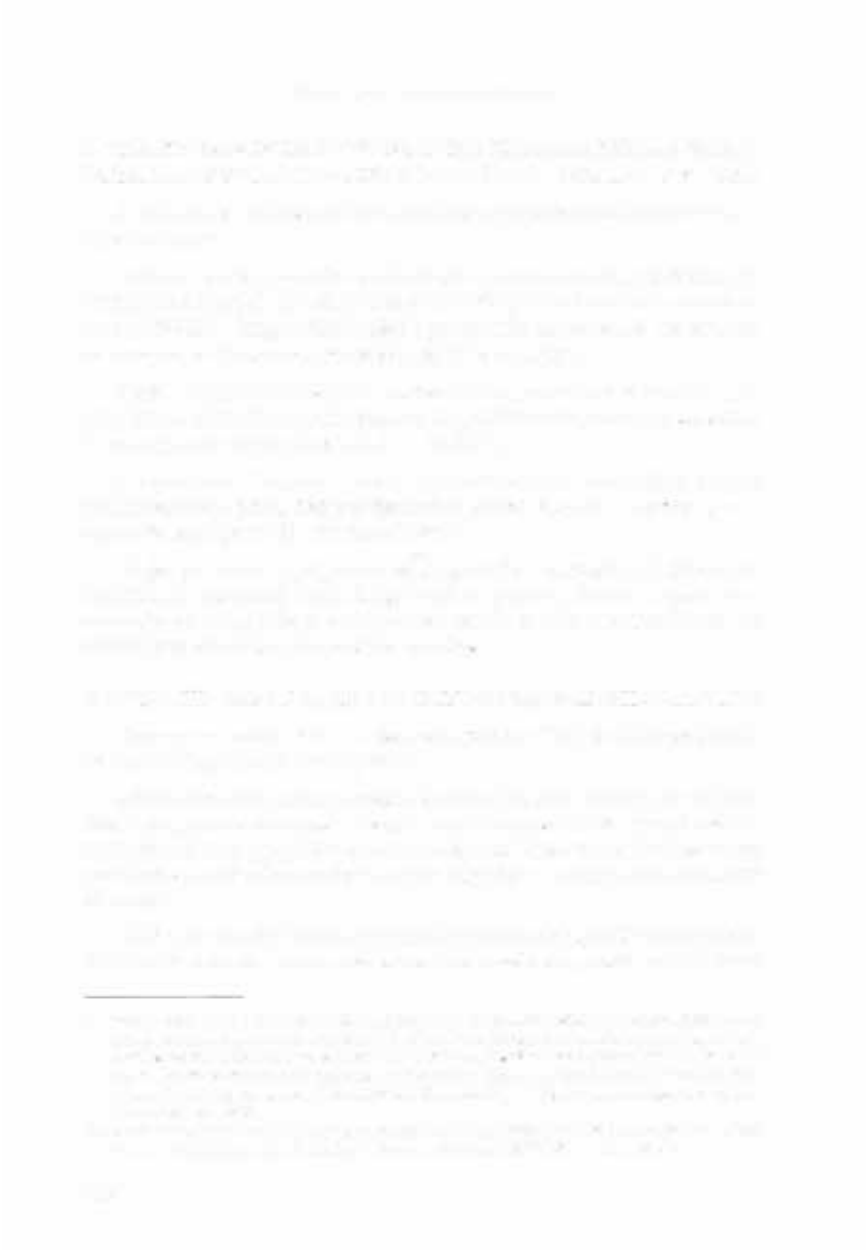
collettivi o diffi1si, p. 1 9 1-221 .

18. " . . allora mi pare che non si debba distinguirc fra efíetti buoni o cattivi, favorevoli o sfavorevoli" (CA

PPELLETTI, Mauro, Appunti sulfa 1u1ela giurisdizionale di inleressi colfellivi o diffi1si, p. 205).

1 9 . CAPPELLETII, Mauro, Appunli sulfa tutela giurisdizionale di interessi collettivi o dif fusi, p. 206. Cabe

mencionar, por último, o ensaio de José lgnácio Botelho de Mesquita, o ilustre prof. das Arcadas defendeu que "o Código do Consumidor disse muito e criou muito pouco. O pouco que criou restringiu 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 lgnácio Botelho de. "A coisa julgada no Código do Consumidor". ln: José Rogério Cruz e Tucci, Processo cível: evolução -20 anos de vigência. São Paulo: Saraiva, 1 995. p. 1 4 1 - 1 52.)



N

fREDrE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

6. TRANSPORTE /N UTJLJBUS DA COISA J ULGADA PENAL COLETI

VA PARA A ESFERA COLETIVA E INDIVIDUAL (ART. 1 03°, § 4°, 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. 1 03, § 4º, do CDC).

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 coletivos20•

Perceba, neste caso poderemos ter a liquidação e execução dos direitos individuais, na conhecida forma da ação civil ex delicto e, talvez, a liquidação e execução dos danos difusos e coletivos em sentido estrito, que entendemos seja conveniente denominar,ação coletiva ex delictou.

7. COISA J ULGADA NA AÇÃO DE IM PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tema pouco h·abalhado 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

20. Sobre a tutela penal dos direitos coletivos, apenas para exemplificar, FISCHER, Douglas. Delinquência econômica e estado social e democrático de direi/o: uma reoria à luz da constituição. Pono Alegre: Verbo Jurídico, 2006; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. "Direito Penal Supra-individual". São Paulo: RT, 2003; FELDENS, Luciano. Tutela penal de interesses diji1sos e crimes do colarinho branco. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Tutela penal dos imeresses difusos.

Siio Paulo: Atlas, 2000.

2 1 . Na doutrina, denominando de ação civil pública ex delicto, conferir: TAH!M JR., Anas1ácio óbrega.

"Ação civil pública ex delicio". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 2004, n. 1 1 5, p. 28-54.



do devido processo legal e da segw-ança jurídica, em função da gravidade das conseqüências 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 i l ícito22. Trata-se de demanda com alto teor sancionatório. Em relação a essa pai1e 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.

"A equação, nos casos das ações de improbidade, é outra. Eslão em embate duas espécies de inleresses 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 sec1111d11m eventum li tis e secundum eventum probalionem. 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"23•

Sucede que, em relação ao capítulo indenizatório do objeto litigioso do processo de improbidade, parece mais adequado aplicar a regra geral do microssistema da tutela coletiva, pois, nesse caso, nada há na ação de improbidade que a distinga 22. 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 conseqüências 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. 5 14, quanto na LIA, art. 1 7, § 7º, para os servidores públicos); b) a aplicação do arl. 221, § 1° do CPP para a oitiva de testemunhas (art. 1 7 , § 12 da Lei n. 8.42911992).

23. Assim, COSTA, Susana Henriques da. O processo coletivo na tutela do patri111ô11io 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 a coisa julgada secundum eventum probationis (arl. 18). Por outro lado, admitimos, por expresso mandamento constitucional, a imprescritibilidade de certos crimes, ou seja, a segurança do indivíduo pode ceder espaço ao valor cio interesse público, tudo devidamente sopesado na ponderação constitucional dos princípios antagônicos. A questão ainda não está encerrada.



de outras ações coletivas ressarcitórias. O pensamento é fortalecido com a regra constitucional que torna imprescritível a pretensã.o ressarcitória decorrente de atos de improbidade, já examinada no capítulo sobre os aspectos gerais da tutela coletiva, 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 administrativa24, 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 do princípio secundum eventum litis, incidirá o microssistema.

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 microssistema 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.

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.

8. COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A Lei n. 1 2.0 1 6/2009 visa a 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/ 1 95 1 , 4.348/1964 e 5.02 1/1 966) 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. 2 1 e 22), que não tinham correspondente na legislação anterior.

O caput do art. 22 da Lei n. 1 2.01 6/2009 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

24. Assim, COSTA, Susana Henriques da. O processo coletivo na tule/a do património público e da moralidade administrativa, cil., p. 305.

CorsA JULGADA

substituídos pelo impetrante". O texto nom1ativo não é uma inovação: limita-se a afirmar que a coisa julgada vincula o grnpo titular do direito coletivo objeto do mandado de segurança.25 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 (sobre os três modos de produção da coisa julgada, ver o v. 2 deste Curso). A Lei n. 1 2. 0 1 6/2009 nada disse a respeito deste tema.

A ausência de regramento pode ser constatada após confrontannos o texto do art. 22 com o texto do inciso ll do art. 1 03 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. 1 03, TI, CDC: "Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria o u 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. 8 1 ".

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. 1 2.01 6/2009

a respeito da técnica de produção da coisa julgada, como se pode perceber após a leitura do aii. 22, j á 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 solução é inaceitável: a solução da lacuna deve ser buscada dentro do microssistema da tutela jurídica coletiva, e não fora dele, mormente se a opção revelar-se 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 j ulgada mais prejudicial às situações jurídicas coletivas do que 25. Perceba: outras leituras podem ser feitas do texto, inclusive uma que entende ser o dispositivo uma transposição dos lin:útes subjetivos intentados pelo art. 2º.-A da Lei 9.4941 1997, que reputamos inconstitucional.

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, bá 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 eventumprobationis, sem qualquer limitação quanto ao novo meio de prova que pode fundar a repropositura da demanda coletiva. A extensão subjetiva da coisa j ulgada 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 (art. 267, VIII do 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.26

9. AÇÃO RESCISÓRIA DE SENTENÇA COLETIVA F U NDADA E M PROVA N OVA: ANÁLISE DA P ROPOSTA DO CÓDIGO MODELO DE P ROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA

O § 1 º do art. 33 do CM-lIDP prevê uma hipótese de ação de rescisão da coisa julgada coletiva, em razão da obtenção de uma nova prova. Essa ação rescisória da sentença coletiva deve observar os seguintes pressupostos: a) a prova nova deve ser superveniente ao trânsito em julgado da sentença coletiva; b) deve ser respeitado o prazo de dois anos contados desde e! conocimiento desta nova prova; 26. 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.

400

c) a prova nova deve ter uma eficácia probante suficiente para, por si só, reverter o resultado do processo originário.

A prova superveniente pode ser de qualquer natureza, oral ou escrita. O texto

desse dispositivo possui um trecho redundante, que deveria ser eliminado para evitar confusão. O dispositivo fala de "prova superveniente", que não pôde ser produzida no processo originário. Ora, se a prova é superveniente, obviamente ela não poderia ter sido produzida anteriormente. Se a intenção da proposta é referir à prova obtida supervenientemente, e nã.o produzida supervenientemente, nesse caso o texto faria sentido. Mas, assim, é conveniente que a proposta seja conigida, para deixar o texto mais claro.

Cabe, ainda, uma última ponderação: a aplicação do § 1 ° do art. 33 pressupõe que tenha havido coisa julgada coletiva. É mais uma hipótese de revisão da coisa julgada, que será somada ao rol de outras hipóteses previstas na legislação de cada país.

401

CAPÍTULO X I

LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA

Sumário • 1. A liquidação coletiva: 1 . 1 . Conceito de liquidação; 1 .2. Processo de liquidação, fase de liquidação e liquidação incidental: 1 .2. 1 . Introdução: antes e depois da Lei Federal nº 1 1 .232/2005; 1 .2.2. A fase de liquidação (ou liquidação-fase); 1.3. A liquidação da sentença genérica proferida em processo cm que se discutem direitos individuais homogêneos; 1.4. Liquidação de sentença proferida em processo coletivo em que se discutem direitos difusos ou

coletivos em sentido estrito (prestações pecuniárias); 1 .5. Ajluid recoveiy- 2. Execução da sentença no processo coletivo: 2 . 1 . Generalidades; 2.2. O fundo de defesa dos direitos difusos (FDD, art. 1 3 da Lei Federal 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 urna execução negociada; 2. 7. Regime jurídico das despesas processuais na execução coletiva; 2.8. Execução de sentença coletiva não embargada pela Fazenda Pública e honorários advocatícios de sucumbência - 3. Competência para a liquidação e execução coletivas.

1 . A L I Q U I DAÇÃO COLETIVA

l . l . Conceito de liquidação

A decisão judicial, como já se viu,1 para que possa definir de modo completo a nonnajurídica 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 cui debeatur (a quem é devido); e) 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).2

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 (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 mmo, sem dizer como, onde nem quando fazê-lo.3

1 . Ver capítulo sobre teoria da decisão judicial, no v. 2 deste Curso.

2. ZAVASCK.J, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil. São

Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 338.

3. "Não basta condenar o réu a levantar o muro. É preciso estipular, ainda, como, onde e quando fazê-lo"

(ASSIS, Arakcn de. Cumprimento da semença. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 96).

403

Há casos, no entanto, em que o grau de iliquidez é ainda maior, atingindo ouh·os elementos da relação jurídica individualizada, como ocorre, por exemplo, quando não se pode definir, na fase de conhecimento, quem é o seu sujeito ativo.4

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 dec:isão define todos os elementos da norma jurídica individualizada, mas é necessário fazer cálculos aritméticos, de acordo com os parâmetros indicados na própria decisão, para que se possa aferir, em pecúnia, o quantum clebeatur; esses cálculos são feitos na chamada "liquidação por cálculo do credor", embora não haja aí, propriamente, 1 iquidação, na medida em que "fazer contas não é liquidar, porque uma obrigação determinável por simples conta é liquida, não ilíquida";5 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 clebeatur também se dá o nome de Liquidação.

1 .2. Processo de liquidação, fase de liquidação e liquidação incidental 1.2.1. Introdução: antes e depois da Lei Federal nº 11.23212005

Antes da Lei Federal nº 1 1 .232/2005, a liquidação de sentença podia ser feita por meio de processo de liquidação ou de liquidação incidental.

Normalmente, a liquidação do julgado exigia o manejo de ação autônoma, que deflagrava uma nova relação jurídica processual, distinta daquela em que fora certificado o direito cuja liquidação se buscava. Havia três tipos de processo de Liquidação: (i) por artigos, (ii) por arbitramento e (iii) a liquidação das sentenças

coletivas. Os dois primeiros eram regulados pelo Código de Processo Civil e o último, pelo Código de Defesa do Consumidor. Não havia três tipos de liquidação,6

mas, sim, três tipos de processo de liquidação.

4. Ver o item sobre liquidez, no capítulo relativo à teoria da decisão judicial, no v. 2 deste Curso.

5. DINAMARCO, Cândido Rangel. /11s111uições de Direito Processual Civil, cit., v. 4, p. 617.

6. Como pareceu a Cândido Dinamarco {"'As trcs figuras da liquidação de sentença". F1111da111entos do processo civil moderno. 3• ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. t. 2, p. 1261).



LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA

Mas havia também a liquidação incidental, que, como o próprio nome sugere, dispensava o ajuizamento de nova demanda para que fosse viabilizada, bastando a instauração de um incidente no bojo do próprio processo de execução por meio do qual se buscava a satisfação do direito subjetivo objeto da liquidação.

Com a Lei 1 1 .232/2005, pretendeu-se eliminar o processo autônomo de liquidação de sentença. A regra agora é que a liquidação deve ser buscada numa.fase do processo, que tem múltiplos objetivos (é sincrético) : certificar o

direito, liquidar (complementar a certificação) e efetivar a decisão judicial.

A despeito da intenção dessa lei, subsistem, ainda hoje, o processo autônomo de liquidação e a liquidação incidental. Pode-se dizer, pois, que, atualmente, há três técnicas processuais para viabilizar a liquidação de sentença: (a) fase de liquidação: a liquidação ocorre dentro de um processo (procedimento) 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;7 (c) liquidação incidental: a liquidação ocorre como um incidente processual da fase executiva do procedimento ou do processo autônomo de execução.

1.2.2. A fase de liquidação (ou liquidação-fase)

A liquidação por arbitramento e a liquidação por artigos, atualmente, por expressa disposição legal (respectivamente, arts. 475-C e 475-E, CPC), devem ser buscadas numa fase específica do processo que se abre com essa exclusiva finalidade: a fase de liquidação. 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 sentença coletiva relacionada a direitos individuais homogêneos - caso em que a liquidação deve ser buscada por cada um dos 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.8-9

7. O que pode ser necessário quando tivermos uma situação prática versando sobre a execução de um titulo executivo extrajudicial ilíquido decorrente de um termo de ajustamento de conduta (TAC) em inquérito civil.

8. C<"lndido Rangel Dinamarca chama de "imprópria" esse tipo de liquidação (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, cit., v. 4, p. 632). Humberto Theodoro Jr. chama de "imprópria" a liquidação em que se busca a individuação dos bens que compõem urna universalidade (TI-TEODO

RO Jr., Humberto. Processo de execução. 19' ed. São Paulo: LEUD, 1 999, p. 223).

9. Não se pode esquecer, por óbvio, duas situações previstas na lei: a) a liquidação e execução promovidas por um substituto processual, como

liquidação e execução coletivas (mesmo que sem prejuízo das liquida

ções e execuções individuais essa liquidação e execução coletiva dar-se-ão nos próprios autos do processo de conhecimento, cf. art. 97 e 98 caput ele § 2° do art. 98 da Lei 8.078/1990; b) que superada a fase de 405

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI .fR.

Assim, por exemplo, numa ação civil pública em que se busca reparação pelo equivalente pecuniário em virtude de prejuízos causados ao meio ambiente, a l

iquidação 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.

Este novo sistema da liquidação de sentença pode ser visualizado a partir da observação das seguintes alterações.

a) Toda a disciplina da L iquidação de sentença foi transferida do Livro II do CPC, que cuida do Processo de Execução (arts. 603 a 6 1 1 , todos revogados), para o capítulo IX do Livro 1, que cuida do processo de conhecimento (arts. 475-A a 475-H).

b) O § 1 º do art. 475-A (coITespondente ao antigo parágrafo único do art. 603, já revogado) prescreve que o réu será intimado do requerimento de liquidação de sentença, na pessoa do seu advogado, e não mais citado como constava do texto anterior. Exige-se o contraditório, obviamente, mas não se fala mais em citação exatamente porque não há instauração de um novo processo autônomo; o processo de conhecimento continua pendente, agora em nova fase. Essa intimação pode ser feita pelo órgão de publicação oficial.

e) A despeito de tratar-se de fase do procedimento - e, por isso, submeter-se ao princípio geral do impulso oficial (art. 262, segunda parte, CPC) -, a l iquida

ção depende de requerimento do interessado; é o que se depreende da leitura do supracitado art. 475-A, § 1 °, do CPC, que faz alusão expressa ao "requerimento"

de l iquidação de sentença."º Até porque poderá haver adimplemento espontâneo do devedor, acordo judicial para pagamento da quantia etc.

clj A decisão que encena a fase de liquidação em primeiro grau de jurisdição é sentença (em sentido estrito), porque finaliza uma fase cognitiva do procedjmento em primeira instância, complementando a norma jurídica individualizada estabelecida na decisão liquidanda. De fato, na primeira fase de conhecimento, o magistrado certifica algm1s elementos da obrigação; nesta fase, certifica-se o elemento restante (normalmente, o quantum debeatur).

e) Curioso é que o legislador, no particular, embora se trate de sentença, prevê o cabimento do agravo contra essa decisão (art. 475-H, CPC), o que excepciona a regra do CPC, que estabelece a apelação como recurso cabível em habilitação e

liquidação dos direitos individuais, prazo de um ano previsto no coe, caberá liquidação e execução dafluid recove1y nos mesmos autos do processo principal de conhecimento (art. 1 0 0 da Lei 8.07811990). Nesses casos a liquidação será apenas urna fase do processo de conhecimento, mesmo quando se tratar de direitos individuais homogêneos.

1 O. Sendo, contudo, líquida a decisão, a ordem para o cumprimento independe de requerimento da parte interessada; esse requerimento somente será exigido, quanto às decisões que impõem o pagamento de quantia, para a expedição do mandado de penhora e avaliação (rui. 475-J, infine, do CPC). Ver, com maiores detalbes, o capítulo sobre cumprimento de sentença, no v. 2 deste curso.

tais situações. Não seria, entretanto, caso raro de incongruência legislativa: (i) o art. L 7 da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal nº 1 .060/ 1950) prevê o recurso de apelação contra decisões interlocutórias; (ii) art. 1 00, primeira parte, da Lei Federal nº 1 1 . 1 O1 /2005, LFRE, que prevê o agravo de instrumento contra sentença que decreta falência. Não se pode ignorar, porém, que as regras de cabimento do recurso e os conceitos legais das espécies de decisão (cuja função é exatamente a de estruturar o sistema recursai) não são doutrinários. Trata-se de regras de direito positivo e, por isso mesmo, contingentes. Não é

possível reduzi-las aos esquemas abstratos da teoria do processo, pois uma "penada legislativa" aniquilaria tudo o quanto fosse afirmado. Não há restrição teórica alguma ao cabimento de agravo contra uma sentença. Mas não se pode deixar de criticar a opção legislativa, que revela incoerência, postura que não se pode elogiar, pois sempre causadora de dúvidas práticas e discussões doutrinárias.

Parece inegável, então, que se está diante de uma situação excepcional: contra uma sentença cabe agravo .

. /) No caso, cabe agravo de instrumento. É importante notar que o recurso cabível é o agravo de instrumento, e não o agravo retido, a despeito da redação do art.

522 do CPC. Trata-se de situação especial, em que a lei detennina expressamente o cabimento do agravo de instrnmento, sendo irrelevante investigar se há ou não a situação de urgência a que se refere o caput do art. 522 do CPC. Assim, não havia mais razão para a permanência do inciso III do art. 520, que cuidava da ausência de efeito suspensivo da apelação interposta contra sentença de liquidação. Se o recurso é o agravo, efeito suspensivo de regra não há. 1 1

1.3. A liquidação da sentença genérica proferida em processo em que se discutem direitos individuais homogêneos A sentença de procedência na ação coletiva para reparação de danos envolvendo direitos individuais homogêneos costuma ser, em regra, genérica (aii. 95

do CDC); "não há possibilidade, diante da lei posta, de os legitimados obterem sentença que contenha condenação cujo quantum já esteja definido".12

A propósito, o art. 25 do CM-Gidi:

25. Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização ind.ividual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva e a execução da sentença coletiva será feita na forma coletiva.

1 1 . Excepciona-se, por clareza sistemática, a disposição expressa cio art. 527, 111 c/c o art. 558 do CPC.

1 2. WAMBIER, Luis Rodrigues. Semença civil: liquidação e c11111primento. 3• ed. São Paulo: RT, 2006, p.

3 7 1 .

407



fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

25. 1 Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for unifonne, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

25.2 O membro do grupo que considerar que o valor da sua indenização individual ou a fórmula para seu cálculo é diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

25.3 Se o juiz da ação coletiva não puder calcular o valor cios danos individualmente sofridos pelos membros do grupo, a condenação coletiva será genérica, fixando a responsabi 1 idade civil do réu pelos danos causados e o dever de indenizar, deferindo a liquidação dos danos individuais a processo individual promovido por cada membro do grupo. (Vide art. 26) Os membros do grupo terão o prazo de dois anos, a contar da notificação da decisão transitada em julgado, para iniciar suas ações individuais de liquidação e execução contra o réu. (Vide art. 27)

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 do quantum debeatur, pois. Em razão disso, foi designada de "liquidação imprópria".13 Trata-se de lição assente na doutrina brasileira. 14

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) os fatos e alegações pertinentes ao dimensionamento do dano sofrido.

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 confonnidade 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 correspectivo, liquidez.

Perceba que essa sentença poderá ser liquidada, conforme visto, pela vítima ou seus sucessores, individualmente, que deverá habilitar o seu crédito, em procedimento semelhante ao da falência, bem como pelo legitimado extraordinário 13. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processuol civil, v. 4. p. 631 -632.

14. ZAVASCKJ, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil. 2' ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 321 ; LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, p. 385; WAMBIER, Luis Rodrigues.

Sentença civil: liquidação e cumprimento. 3" ed. São Paulo: RT, 2006, p. 373; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, p. 1 95.

coletivo, que deverá proceder à identificação dos credores individuais (art. 97

do CDC).

A liquidação coletiva tanto pode fazer-se por arbitramento como por artigos. 15

1 .4. Liquidação de sentença proferida em processo coletivo em que se discutem direitos difusos ou coletivos em sentido estrito (prestações pecuniárias) Confonne já examinado, 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 por arbitramento.

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. Ajluid recove1y

Consoante visto, 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 promover a liquidação e execução da sentença coletiva genérica relacionada aos direitos individuais homogêneos (ait. 1 00 do CDC). O produto desta execução reverterá ao FDD e se chamajl.uid 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. 1 00 do CDC. Trata-se 1 5. Há quem defenda que apenas pode ser por artigos, em razão da necessidade de provar-se fato novo (WAMBlER, Luis Rodrigues. Sentença civil: liq11idaçàoec11111primento. 3' ed., cit., p. 380; P!ZZOL, Patrícia Miranda. Liquidaçcio nas ações coletivas, p. 194; ARAÚJO

FJLHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a t11telajurisdicio11al 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 ele suas espécies, pode ser por arbitramento ou por artigos. Na liquidação por arbitramento, também é necessário provar um/ato novo (a extensão do dano), mas essa prova pode ser feita por perícia, sem necessidade de produzir outros meios de prova.

409

de uma l iquidação coletiva proveniente de uma sentença condenatória proferida em ação envolvendo direitos individuais homogêneos.16

Convém transcrever as lições de Ada Pellegrini Grinover, que expõe com precisão os fundamentos dafl.uid recovery:

"A jurisprudência norte-americana criou então o remédio dafluid recove1y (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 ni"tmero 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. l 00 previu ajluid recove1y 17

".

Perceba que o art. l OO prevê uma legitimação extraordinária subsidiária: só é permitido ao ente coletivo instaurar a liquidação coletiva, após um ano do trânsito em j ulgado da sentença condenatória genérica.18 Além disso, aqui há liquidação verdadeiramente coletiva: 19 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 exigüidade do prazo de um ano, que pode acarretar a 16. Registre-se o posicionamento de Marcelo Abelha Rodrigues: "Em razão do fato de que a reparação Ruida prevista no art. 100 do coe deriva de uma acão coletiva originariamente veiculada para a tutela de direito incliviclual

homogêneo, não pugnamos pela possibiliclaclc de que seja possível a utilização ela reparação fluida (art. 100 do CDC), quando as liquidações individuais sejam oriundas da coisa julgada in u1ilib11s.

(...) Dessa fonna, caso fosse possível a reparação íluida resultante dos prejuízos não reclamados a título individual, haverá duplamente a proteção dos interesses difüsos, só que um nascido da violação de urna norma jurídica cujo objeto tutelado seria um bem difuso (que deu origem à coisa julgada i11 111ilib11s), 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 AbeU1a. "'Ponderações sobre ajluid recove1y do art. 100 do CDC", cit., p. 466, nota 9).

17. GRJNOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor co111e11tado pelos a111ores do ameprojelo, 8" ed., cit., p. 893.

18. RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre ajluid recove1y do art. 100 do CDC", cil., p. 462, nota 4. Para Luiz Rodrigues Wambier, o prazo pode começar a correr antes cio trânsito em julgado, se o recurso contra a decisão exeqüenda não tiver sido recebido com efeito suspensivo (WAMBIER, Luis Rodrigues. Semença civil: liquidação e c11111pri111en10. 3• ed., cit., p. 384-385).

19. WAMBlER, Luis Rodrigues. Semença civil: liquidação e c11mpri111en10. 3' ed. São Paulo: RT, 2006, p. 371 .

situação de a liquidação fluida começar e Lenuinar 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!"2º Também seria possível a concomitância de liquidação individual e coletiva, devendo suspender-se o processamento da liquidação coletiva,21 porque o valor a ser apurado na liquidação individual deverá ser "compensado".22

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".23

Por outro lado, uma solução razoável seria pem1 i ti r ao juiz, no âmbito das já referidas definingfunclions (controle jurisdicional da demanda), 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 ajluid recove1y.

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 i nstauração do pedido de liquidação dafiuid recovery.

Há regra especial, destinada à proteção dos investidores no mercado de valores mobiliários, em que também se prevê a perda do direito 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 publ icação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida ao Fundo a que se refere o art. 1 3 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1 985" (art. 2º, § 2°, da Lei Federal nº 7.913/1989).

Note, ainda, como bem percebeu Marcelo Abelha Rodrigues, que a liquida

ção coletiva nestes casos é residual: só é possível promover essa liquidação, se o número de interessados que promoveu liquidações individuais nã.o 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".24 O objetivo desta liquidação 20. RODIUGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre afluid recovery do arl. 100 do CDC", cil., p. 465.

2 1 . RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a.fluid recovery cio art. 1 00 do CDC", cit., p. 465-466.

22. GRINOVER, Ada Pellcgrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor co111e111ado pelos aulores do anleprojelo, 8" ed., p. 895.

23. RODIUGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre af/uid recove1y do art. J 00 do CDC", cit., p. 466.

24. RODIUGUES, Marcelo Abelha. "Poaderaçõcs sobre afluid recovery do art. 100 do CDC", cit., p. 463.

4 1 1

é apurar o "quantum residualmente devido", o que é extremamente dificil,25 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.

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. 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, recentemente reformado, 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. A execução das sentenças de fazer e de não-fazer segue as determinações do ait. 461 do CPC; a das decisões que determinam a entrega de coisa, as d[retrizes do o 461-A do CPC e a efetivação das sentenças pecuniárias deve observar as disposições relacionadas ao cumprimento da sentença (art. 475-I a art. 475-R). 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 caso do dano moral ambiental27

25. Marcelo Abelha sugere, então, que se interprete ajluid recove1y 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 da liquidações) com o "lucro" obtido pelo responsável forneceria um mínimo de segurança para se aplicação uma punição

menos imaginativa e mais próxima da realidade".

(RODRIGUES, Marcelo Abelha. '"Ponderações sobre ajluid recove1y do art. 100 do CDC", cit., p. 468).

26. OUVElRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e processo de conhecimento". ln: Do formalismo 110

processo civil. 2" ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 244-259.

27. Confira.se a obra seminal de LEITE. José Rubens Morato. Dono moral a111bie111al. São Paulo: Revista dos 4 1 2

e das reparações em pecúnia para o fundo de defesa dos direitos difusos (art. 13

da Lei Federal nº 7.34711985, logo abaixo examinado).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. 1 5 da Lei Federal nº 7.347/I 985, 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?):

"DecoJTidos 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".

Em sentido semelhante, o art. 1 5 do CBPC-lBDP: "Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória - Na hipótese de o autor da demanda coletiva j ulgada procedente não promover, em 120 (cento e vinte) dias, a liquidação ou execução da sentença, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados (art. 20 deste Código)".

Também assim, o art. 26 do CBPC-UERJ/UNESA: "Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória. Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor da ação coleti.va promova a liquidação ou execução coletiva, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados".

Como já foi refe1ido, os direitos difusos apresentam-se como indivisíveis, não necessitam que se faça qualquer distinção entTe os beneficiários. 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 ditames constitucionais que estabelecem a necessidade da previsão Tribunais, 1 998.

28. Quando tratar-se de condenação ilíquida para a reparação de danos materiais coletivos striclo sensu ou difusos, bem como quando se tratar de condenação genérica (direitos individuais homogêneos), a execução deverá ser precedida de liquidação. WAMBlER, Luiz Rodrigues. Liquidação de sentença. 2' ed. São Paulo: RT, 2000, p. 2 1 5-297; PTZZOL, Patrícia Miranda. Liquidação nas ações

cole!ivas. São Paulo: Lejus, l998; VENTURJ, Elton. Execução da tutela coleliva. São Paulo: Malheiros, 2000.

29. Sobre a tutela coletiva em matéria ambiental cf. TESSLER, Luciane Gonçalves. T111elasj11risdicionais do meio ambienle: 1111ela inibilória, tu/ela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: RT, 2004. SALLES, Carlos Alberto de. Execução judicial em ma léria ambiental. São Paulo: RT, 1 998; MIRRA, Álvaro Luiz Valerry. Ação civil público e a reparação do dano ao meio ambiente. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2002.



das conseqüências aferindo a viabilidade do projeto (at1. 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 semell1ante, 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 retirem os autos de processos no período de férias forenses, 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.30

Celso Agrícola Barbi muito bem 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".31 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 pedido32• Geralmente será o caso das tutelas coletivas de eficácia condenatória33. A execução da sentença gené1ica em ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos merece tratamento destacado, em item mais à frente.

30. Em julgamento, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu a segurança requerida em mandamus coletivo para que os advogados em geral pudessem ter acesso aos autos no período entre 2 e 2 1

ele janeiro, acesso esse que havia sido vedado, exceto para o s casos urgentes, pelo provimento 490/92 do Conselho Superior da MagistTatura. (Voto 1 5. 1 80 - Órgão Especial, Mandado de Segurança nº 62.490-0/

SP, Rei. Des. Flávio Pinheiro, data 1 0. 1 1 . 1999. Impte.: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, lmpdo.: Conselho Superior da Magistratura ele São Paulo).

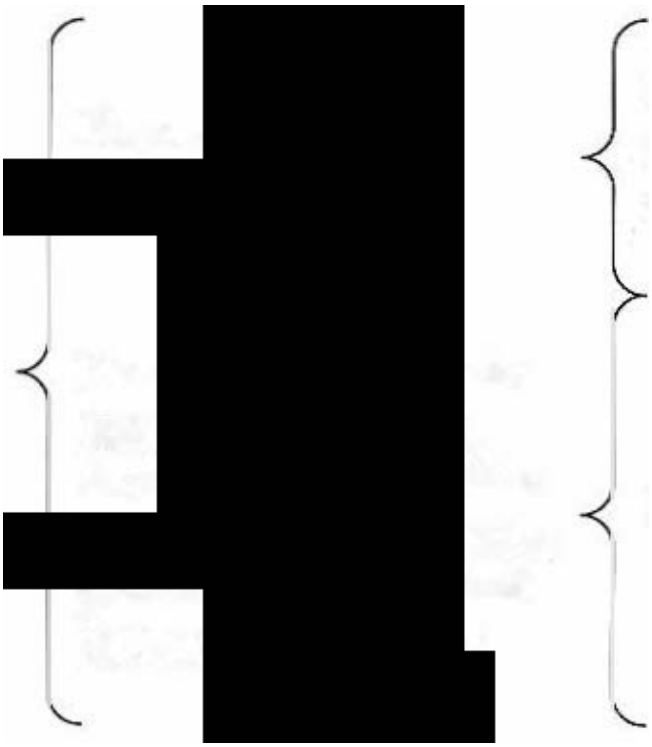
3 1 . BARBT, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1 .

32. Na lição de Bulos sobre direitos individuais homogêneos essa postura já fica clara, "Jnteresses de origem comum são aqueles que possuem identidade com a causa pelendi. Acarretando assim uma série de conseqüências práticas. Tais particularidades aparecerão, tão somente, na fase de liquidação da sentença coletiva, quando cada t"itular do direito individual, além de provar o montante de seu crédíto, 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 Lamêgo. Mandado de segurança coletivo. p. 63).

33. Para uma teoria geral da execução coletiva lato sensu cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Liquidação na ação civil pública: o processo e a efetividade cios direitos humanos, enfoques civis e trabalhistas. São Paulo: LTr, 2004. O trabalho apesar de espei;ialmente vocacionado para a tutela metaindividual traballüsta apresenta esrudo sério sobre o tema, sendo conlTibuíção de valor geral e abrangente na área da execução e liquidação coletiva. Sobre o mesmo lema observou Pedrasani a necessidade de se fazer um reexame da

"normatização processual laboral" para demonstrar que: "aquele pretérito 'processo coletivo' previsto no capítulo TV do título X ela CLT, ante o seu restrito objeto - direito coletivo à nom1atização coletiva ou à interpretação de aomia jurídica, independentemente de sua fonte formal -, mostra-se incompatível para garantir uma efetiva tutela dos direitos mctaindivíduais" (cf. PEDRASSANl, José Pedro. Aspectos da tutela judicial de direitos metaindividuais do trabalho perante a jurisdição 1rabalhis/a. São Paulo: LTr, 2001 , p. 1 17). 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 lTabalho.



LIQUIDAÇAO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA

É também possível que a sentença proferida em um processo em que se discutem direitos difusos ou coletivos seja utilizada por um indivíduo corno 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).

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 daquele que se beneficiou com a extensão in utilibus da coisa j ulgada coletiva.

É possível que surja um concurso de créditos 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)34.

Proposta por qualquer

Execução da

legitimado extraordinário

pretensão coletiva

coletivo

Execução da sentença

condenatória colcti va

(direitos difusos/

Execução de pretensão

coletivos)

individual, por força

do transporte i11 11/ilibus

Proposta pela vítima

da coisa julgada coletiva

para o plano individual

(art. 103, § 3°, CDC)

2.2. O fundo de defesa dos direitos difusos (FDD, art. 13 ela Lei Federal nº 7.347/1985)

O art. 1 3 da Lei Federal nº 7.347/ 1 985 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 34. Art. 99 do CDC: "Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.0 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão

preferência no pagamemo".

4 1 5

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.

1 ° da Lei Federal nº 7.347/1 985, conforme o art. 1 º do Decreto nº 1 .306/1 994),35

o dinheiro arrecadado deve ser direcionado a esse fundo, que também receberá os recursos advindos de multas por descumprimento de decisões judiciais e as doações de pessoas ftsicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, à proteção dos direitos coletivos, dentre outras receitas previstas no § 2° do art. 1° da Lei Federal nº 9.008/ 1 995.36 Também será destinada a esse fundo a fluid recove1y ("indenização fluida"), prevista no art. 1 00 do CDC, no caso de sentença genérica que determina a indenização de direitos individuais homogêneos. Sobre a luid f

recovery, ver item abaixo.

O FDD será gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado integrante da estrntura organizacional do Ministério da Justiça, com sede em Brasília, e composto pelos seguintes membros: I um representante da Secretaria de Direito Econômico 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 Minis

-

tério Público Federal; VIII - três representantes de entidades civis que atendam aos pressupostos dos incisos I e II, do art. 5°, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1 985. (art. 3° do Decreto nº 1 .306/ 1 994).

35. "Art. 1 ° O Fundo de Defesa de Direiios 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".

36. § 2° do an. 1° da Lei Federal nº 9.008/1995: "Constituem recursos do FDD o produto da arrecadação: 1 - das condenações judiciais de que tratam os arts. 1 1 c 13 da Lei nº 7.347, de 1985; l i - das multas e indenizações decorrentes da apLicação da Lei nº 7 .853, de 24 de outubro de 1 989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais; lll -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 1 1 de setembro de 1 990; IV -das condenações judiciais de que trata o § 2° do art. 2° da Lei nº

7.9 13, de 7 de dezembro de 1 989; V - das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 1 1 de junho de 1994; VI -dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo; Vll - de outras recei tas que vierem a ser destinadas ao Fundo; VI 11 - de doações de pessoas tisicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras".

LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO D/\ SENTENÇA

Os recursos arrecadados no FDD serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no art. 3º da Lei Federal 9.008/1 995,37 e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou do dano causado (art.

7º do Decreto nº 1 .306/1 994). É por isso que o § 3° do art. l 0 da Lei Federal nº

9.008/ 1 995 determina que os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na

edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infra

ção 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 p1ioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível (par. ún. do art. 7° do Decreto nº 1 .306/1 994).

Como é possível que a 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 dividas (par. ún. do art. 8º do Decreto nº l .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 propositma de toda ação civil pública, a existência de depósito judicial, de sua natureza, e do trânsito em julgado da decisão (art. 1 1 do Decreto nº 1 .306/ 1 994).

Note-se que o Estatuto da Igualdade Racial determinou uma alteração no a1t. 1 3 , esclarecendo que as verbas destinadas ao FDD por decorrência dos atos de discriminação étnica terão sua destinação vinculada. Assim, "Art. 1 3 , § 2°

Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1 º desta Lei, a prestação em 37. A11. 3° da Lei Federal nº 9.00811995: "1 - zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos nas Leis nºs 7.347, de 1 985, 7.853, de 1989, 7.913, de 1 989, 8.078, de 1 990, e 8.884, de 1 994, no âmbito cio disposto no § 1° do art. 1° desta Lei; li - aprovar e firmar convênios e contratos objetivando atender ao disposto no inciso 1 deste artigo; 111 - examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter cientifico e de pesquisa; 1 V - promover, por meio de órgãos da administra

ção pública e de entidades civis interessadas, evcnLos educativos ou científicos; V - fuzer editar, inclusive em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre as matérias mencionadas no § 1° do art.

1° 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 ou1ros interesses difusos e coletivos; VII - examinar e aprovar os projetos de moderniza

ção administrativa a que se refere o § 3º do art. 1° desta Lei."

4 1 7

dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, confonne 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.

O art. 1 3 da Lei Federal nº 7.347/1 985 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.

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- 1 00 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 1 00), tendo em vista que a Lei de Ação Civil Pública (Lei Federal 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 opera efeitos no plano individual, se for para beneficiar - extensão in utilibus da coisa julgada do plano coletivo para o plano individual (art. 1 03, §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 coisa julgada secundum eventum litis (art. 1 03 , III, CDC). Uma vez liquidada a 4 1 8

LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA

sentença condenatória genérica - l.iquidação 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"38 (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 CPC, nem a liquidação e nem a execu

ção 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".39

E anemata: "Nesse caso, tem-se aí uma ação pseudocoletiva, formada pela soma de parcelas identificadas de direitos individuais".4º

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 feita tanto pelos colegitimados ativos (LACP, art. 5° e CDC, art. 82), como pelos próprios prejudicados ou seus sucessores, em caráter individual.41

Ada Pellegrini Grinover entende que os legitimados do art. 82 do CDC agem, no caso, como representantes processuais, e não legitimados extraordinários, 38. GRJNOYER, Ada Pcllegrini. Código de Defesa do Consumidor: comemado pelos autores do anteprojeto, p. 694.

39. RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a.fluid recove1y do art. 100 do CDC". Processo civil coletivo. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 462.

40. RODRIGUES, Marcelo Abelha. ·'Ponderações sobre ajluid recove1y do art. l 00 do CDC", cit., p. 462, nota 3. No mesmo sentido, ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, p. 1 1 9-120.

4 1 . ALMEIDA, João Batista de. Aspeclos co/1/rovertidos da ação civil pública. São Paulo: RT, 200 1 , p.

1 63. Também nssim, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legisla

çcio processual civil extravagante. 7' ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1346; RODR.IGUES, Marcelo Abelha.

Ação civil pública e 111eio-a111biente. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 284; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código Civil Anotado e legislação extravagante. 2' ed. São Paulo: RT, 2003, p.

984; CÂMARA, Alexandre Freitas. "Tutela Jurisclicioual dos Consumidores". Procedi111enlos especiais civeis - legislação extravagante. Fredic Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1 1 2 1 .





pois não agiriam em nome próprio, mas em nome das vítimas identificadas na 1 iquidação.42

Cumpre 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 requisito 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. 1 00 do CDC). Nesse caso, o produto da execução reverterá ao fundo de defesa dos direitos difusos (FDD), consistindo no que se convencionou denominar de fiuid recovery, examinada logo abaixo. 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 indenjzação residual, em razão da desproporção entre as conseqüências do i lícito praticado e o valor das indenizações individuais buscadas.

A execução de uma sentença genérica (obrigação de pagar quantia, "responsabilidade pelos danos individualmente sofridos", art. 9 1 caput do coe, 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 dafiuid recovet)'·

Proposta pela(s)

vítima(s): art. 97 CDC

Execução das

Proposta pelo legitimado

Execução da sentença

pretensões individuais

extraordinário coletivo

condenatória genérica

(vítimas já identificadas):

(direitos individuais

art. 98 do CDC

homogêneos)

Execução de

Proposta pelo legitimado

indenização coletiva

extraordinário coletivo:

residual (/luid recove1y)

art. 100 do coe

A legitimação extraordinária para a execução de direitos individuais provenientes de sentença genérica é tema bastante polêmico.

42. GRJNOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa da Co11s11111idar: camentada pelos amores do anteprojeto, 8' ed., cit., p. 887.

LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA

No STF, a questão foi objeto de acesa controvérsia, por conta da interpreta

ção do inciso I I I do art. 8º da CF/88 ("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 posto no acórdão que julgou os recursos extraordinários 193.503/SP, 1 93 .579/SP, 208.983/SC, 2 J 0.029/RS, 2 1 1

.874/RS, 2 1 3. 1 1 1 /SP, 2 14.668/ES, rei. orig. Min. Carlos Velloso, rei. p/ o acórdão M in.

Joaquim Barbosa,j. em 12.6.2006, publicado no Informativo nº 43 l do STF. Acabou prevalecendo a orientação aqui defendida, embora no caso concreto referindo apenas aos sindicatos: os entes legitimados à tutela coletiva tem legitimação tanto para certificar quanto para efetivar direitos. A tese vencida, liderada pelo M in.

Nelson Jobim, admitia a legitimação extraordinária para a execução, desde que houvesse expressa autorização dos sindicalizados (substituídos).

Convém transcrever o trecho do lnformativo 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 1 0. 1 0.97) e no AJ 1 53 1 48 AgR/PR (DJU de l 7 . 1 1 .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 corno 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".

Convém ressaltar, ainda, que o próprio Tribunal Superior do Trabalho cancelou o enunciado nº 3 1 O da súmula da sua jurisprudência predominante,43 que restringia 43. Resolução nº 1 1 9/2003 tomada em Sessão Extraordinária realizada cm 25 ele setembro deste ano (publicada no Diário de Justiça, Seção 1, pág. 848, 08/1 0/03). Eis o texto cancelado: "1 - 0 art. 8°, inciso 111, da Constituição ela República não assegura a substituição processual pelo sindicato. 11 -A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6. 708, de 30. 1 0 . 1 979, e 7.238, de 29. 1 0. 1 984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1 989, data cm que entrou em vigor a Lei nº 7.788. 1 1 1 - A Lei nº 7

.788/1989, em seu art. 8", assegurou, durante sua vigencia, a legitimidade do sindicato como substituto processual ela categoria.

IV -A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07 . 1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social 421

a substituição processual pelos sindicatos, seguindo a tendência de ampliação da legitimação coletiva.

2.4. Execução fundada em sentença penal coletiva condenatória Confonne 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 (este princípio já estava reconhecido no art. 1 03, § 4°, do CDC e está presente agora no art. 33, §§ 3º e 4°, do CM-IIDP44).

Mas não só, também baverá o reconhecimento de um direito coletivo Lato sensu, podendo implicar 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.45 Perceba, portanto, que uma execução coletiva pode ser iniciada com base em uma sentença penal condenatória. Há execução ou de qualquer documento de identidade. VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII - Na liquidação da sentença exeqüenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujo depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIU - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual. não serão devidos honorários advocatícios".

44. § 3º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se

procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24. § 4°. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatórin".

45. Existem casos cm que a própria lei já dispõe na esfera penal sobre as conseqüências civeis, assim poderá haver um esvaziamento da esfera cível (perda de objeto ou falta ele interesse processual, conforme o caso) quando a tutela penal for integral e efetiva. Por exemplo, nos crimes ambientais a prévia composição e reparação é obrigatória, 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.

de sentença coletiva que não se baseia em sentença genérica cível, aspecto que não é examinado costumeiramente pela doutrina.

À execução da sentença penal coletiva condenatória aplica-se o regramento da execução da sentença civil coletiva, já examinado.

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, § 6°, Lei Federal nº 7.347/1 985), 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- l O 1 da Lei n. 1 2.529/20 1 1 , 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. 1 5 , III, Lei n. 1 2.529/201 1). Segundo EDUARDO T ALAMINI, se o CADE não promover em tempo razoável, o MPF deverá fazê-lo, pois lhe cabe a defesa em juízo da ordem econômica. Defende, inclusive, que como se trata de direito difuso, qualquer legitimado à tutela coletiva poderia executar o título executivo extrajudicial 46- interpretação sistemática das leis 12.529/201 1 e 7.347/1 985, com a qual concordamos.

A decisão do CADE pode aplicar multa ou impor dever de fazer ou não fazer (art. 93, Lei n. 1 2.529/20 1 1). A execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multa pecuniária será feita de acordo com o procedimento da execução fiscal (art. 94, Lei n. 1 2 .529/20 1 1).

Para a efetivação da decisão do CADE, admite-se a utilização de todos os meios executivos (art. 96 da Lei n. 1 2.529/20 1 1), à semelhança do que ocorre com o procedimento comum para as causas individuais (art. 461 , § 5°, CPC). A diferença é que a Lei n. 1 2.529/201 1 regula a medida executiva "intervenção na empresa" (arts. 1 02-1 1 1); esse regramento funciona como modelo para todo o processo civil brasileiro, individual ou coletivo.

46. TALAMINI, Eduardo. "Efetivação judicial d<1s decisões e co111pro111issos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (Lei Federal n. 8.884/94)". Procedimentos especiais cíveis - legislação extravagante. Fredic Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1 . 1 9 1 .

Embora o texto de Talamini se refira à Le i n. 8.884/1994, que foi substituída,

neste ponto, pela Lei n.

12.529/201 1 , suas considerações ainda servem à compreensão do tema atualmente.

423



FREDIE DIDll:R JR. E HERMES ZANETI JR.

A execução das decisões do CADE será promovida na Justiça Federal do Distrito

Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolba do CADE (art. 97

da Lei 1 2.529/201 1). Como se adota o regramento da execução fiscal, é possível o ajuizamento no foro de domicílio do executado, perante juizo estadual, se lá não houver sede da Justiça Federal - neste caso, cabe recurso ao Tribunal Regional Federal (sobre a possibilidade de o juiz estadual exercer jurisdição federal, ver o v. 1 deste Curso).

O art. 98 da Lei n. 1 2.529/20 1 1 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, individua/ 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 detem1inar a suspensão da execução, deverá, concomitantemente, "para garantir o cumprimento das obrigações de fazer", fixar caução idônea (art. 98, §

l º). 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).

Cumpre regislrar o disposto no arl. 98, § 3°: "O depósito em dinheiro não suspenderá a i.ncidência 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 pa1te, das providências contidas no título executivo (art. 99 da Lei n. J

2.529/201 1) Note-se

.

que o legislador, no particular, confere em favor do exequente um contradireito ao direito do executado de suspender a execução. Esse contradirei to do exequente precisa ser por ele exercitado; assim, não pode o juiz, de oficio, 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. l O 1 da Lei n. 1 2.529/20 1 1).

LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA

2.6. Execução de decisão que determina a implantação ele 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 fünção pública.

Como execução de obrigação de fazer, submete-se ao art. 461 do CPC, que, em

seu §5°, consagra a atipicidade da execução - sobre o tema, cf. o volume 5

deste Curso, dedicado à execução.

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 dete1111ina 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)"47.

O procedimento executivo seria construído pelas partes, a partir de um negócio jurídico processual atípico. Nesse acordo, as partes poderiam definir um cronograma de cumprimento da decisão, com a definição de etapas e as respectivas punições pelo descumprimento. Um calendário processual para a execução da sentença. Cada etapa, inclusive, pode ser objeto de regulação especifica - embora todas elas se imbriquem, tendo em vista o propósito comum, formando uma

"unidade funcional complexa"48•

Esse cronograma negociado de cumprimento voluntário da decisão é uma das medidas atípicas permitidas pelo §5º do art. 46 l do CPC49• 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 47. COSTA, Eduardo José da Fonseca. "A ·execução negociada' de políticas públicas em juízo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 2 1 2, p. 39.

48. COSTA, Eduardo José da Fonseca. "A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo", cit., p. 50.

49. COSTA, Eduardo José da Fonseca. "A 'execução negociada' de políticas públicas emjufzo", cit., p. 45-46.

425

Público e da Defensoria Pública50, 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, da ·

cooperação51 e da adequação.

2.7. Regime j urídico 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 regramento geral previsto no art. 1 8 da LACP, já examinado em capítulo próprio.

Sucede que há decisões do STJ que entendem que a regra do art. 1 8 da LACP

é aplicável apenas ao processo de conhecimento:

AGRAVO INTERNO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CTVIL PÚ BLICA. PRO

CESSO DE EXECUÇÃO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INCIDÊNCIA DAS

REGRAS DO CPC. INAPLICABILIDADE DO ART. 18 DA LEI 7.347/85. JU

R ISPRUDÊNCIA DOMlNANTE. CONCEITO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 557

DO CPC. INTELIGÊNCIA. I - Ajurisprudência desta Corte distingue nitidamente as hipóteses de aplicação do artigo 1 8 da Lei 7.347/85, ou seja, não são devidas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas quando se tratar de processo cognitivo em que não haja pretensão manifestamente infundada ou litigância de má-fé. lf- Tratando-se os autos em espeque de processo executivo, incide à espécie, a regra geral do Código de Processo Civil, pois os processos de conhecimento e de execução são autônomos. Afinal, a Lei 7.347/85 não contemplou, em seu texto legal, a isenção dos ônus sucumbenciais fora dos expressos limites traçados em seu artigo 1 8 . Precedentes: REsp. 64.448-SP e Ag.Rg./Ag.

2 16.022-DF. TII- Conforme disciplina o artigo 557 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9. 756/98; "o relator negará

seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.". Em sendo assim, o conceito de "jurisprudência dominante" não se equipara, obrigatoriamente, a j urisprudência sumulada. IV- Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 265.272/RS, Rei. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 1 7.04.200 1 , DJ

04.06.2001 p. 222)

Não parece ser essa a melhor solução. A execução é uma demanda, que, no sistema da tutela coletiva, é, inclusive, obrigatória (princípio da indisponibilidade da execução coletiva). Dispensar o adiantamento de custas e isentar de condenação 50. COSTA, Eduardo José da Fonseca. "A 'execução negociada' de políticas públicas cm juízo", cit., p. 42-45.

5 1 . COSTA, Eduardo José da Fonseca . .. A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo", cit., p. 4 1 -42.

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 te1mos dos atuais artigos 1 7 e J 8 da LACP.

2.8. Execução de sentença coletiva não embargada pela Fazenda Pública e honorários advocatícios de sucumbência

O art. l º-D da Lei n. 9.494/ 1 997 está assim redigido: "Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas".

Trata-se de dispositivo incluído na lei pela Medida provisória n. 2. 1 80-35, de 200 1 , que, dentre outros propósitos, buscava evitar a condenação da Fazenda Pública em execuções encerradas pelo acolhimento da exceção de não-executividade (ou exceção de pré-executividade, na designação consagrada pela doutrina e jurisprudência). A regra contradiz o § 4° do art. 20 do CPC, que autorizava a fixação de honorários advocatícios em execução, pouco importa se houve ou não embargos.

O Superior Tribunal de Justiça, logo em seguida, entendeu que essa regra 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 cw-so, o dispositivo somente se aplicaria às execuções que lhe sobreviessem.52

O STF também foi chamado a interpretar a regra e, no julgamento do RE n. 420.8 1 6

(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 (CPC, art. 730), excluídos os casos de pagamentos de obrigações definidos em lei como de pequeno valor, objeto do § 3° do art. 1 00

da CF. Nesses casos, se a Fazenda Pública não embargasse uma execução que lhe foi dirigida, a não-condenação em honorários serviria como um "prêmio" pela conduta leal.

52. REsp 140.403-RS, DJ de 5.4.1 999, EDcl no REsp 97.869-SP, DJ de 30,3.1998, REsp 439.732-RS, Rei.

Min. Hamilton Carvalhido, j. em 20.8.2002. Há inúmeros outros julgados. Não há mais controvérsia sobre o Lema.

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Os honorários de sucumbência decorrem do princ ípio 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 princ ípio da causalidade, isto é, deve arcar com os honorários de sucumbência aquele que deu causa ao ajuizamento da demanda ou à sua extinção".53

A razão do art. 1 º-D da Lei n. 9.494/ 1 997 está, como se percebe, no princ ípio da causalidade. Quando a execução contra a Fazenda Pública deva seguir o regime do precatório, não Lhe é pennitido cumprir, espontaneamente, o julgado, sob pena de violar a ordem cronológica exigida pelo art. l 00, § 1 ° 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 embargos, não há resistência, nem causalidade, não havendo razão para honorários. Daí porque o STF, interpretando o referido dispositivo conforme este artigo da CF/88, reduziu seu âmbito de incidência para que se aplique somente nos casos em que a execução contra a Fazenda Pública se der mediante precatório.

Ao tratar especificamente desse assunto, ressalta Leonardo José Carneiro da Cunha que " ... a execução intentada contra a Fazenda Pública não decorre da resistência desta em não pagar o valor constante da sentença ou do título executivo, mas sim da necessidade de se obedecer à ordem cronológica de inscrição dos precatórios. Em outras palavras, não há insatisfação nem causalidade, afastando-se, bem por isso, a exigência de fixação de honorários na execução não embargada".54

Desse modo, aplicando o entendimento do STF, em execução de sentença coletiva não embargada contra a Fazenda Pública não seria possível a condenação do executado ao pagamento da verba honorária.

Sucede que o STJ, mais recentemente, editou o enunciado n. 345 da súmula da sua jurisprudência predominante, que tem o seguinte teor: "São devidos honorários 53. 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.

54. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. s• edição. São Paulo: Dialética, 2007.

11. 6.2. 1 , p. 120.

428



advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas".

O STJ, antes da edição deste enunciado, posicionara-se, em diversos momentos,

no sentido de que, em se tratando de titulo 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.0

2 . 1 80-35D O I (que acrescentou o art. 1 °-D, da Lei n.0 9.494D 97), não seriam devidos os honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não

-embargadas55.

No entanto, o mesmo STJ possuía decisões em sentido diverso: "A norma do aitigo 4° da Medida Provisória nº 2. 1 80-35, 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 exeqüente, resultando, pois, induvidoso, o alto conteúdo cognitivo da ação de execução".56

Nos Embargos de Divergência n. 653.270-RS, a Corte Especial do STJ, por ampla maioria (apenas um voto contrário), entendeu, em 1 7.05.2006 (acórdão publicado no DJ de 05.02.2007), que a segunda orientação deveria prevalecer, não admitindo a incidência do art. 1°-D na execução de sentença coletiva, promovida pelo indivíduo ou pelo sindicato como substituto processual. Nesse julgamento, o ministro 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".

55. EDcl nos EDcl no AgRg no AO nº 570.876, Rei. Min. Gilson Dipp, DJ de 2 1 .02.2005, AgRg no AG nº

690.0800 Se, Rei. Min. Hélio Quaglia Barbosa, OJ de 07. 1 1 .05; AgRg no AG 672.7290 RJ, Rei. Min.

Nilson Naves, OJ de 07.1 1 .2005; AgRg nos EOcl no REsp 11º 690.6680 Se, Rei. Min. Gilson Oipp, DJ de 29.08.2005.

56. EDcl no AgRg no REsp 639.2260 RS, Rei. Min. Hamilton Carvalhido, 6" Turma, DJU de 12.09.05. Também assim, AgRg no REsp 700.4290 PR. Rei. M in. Arnaldo Esteves Lima, 5" Turma, OJU 10.1 0.2005.

N
N

FREDIE DLDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

Prevaleceu, ainda, o fundamen1·0 levantado pelo Min. Teori Albino Zavascki, no julgamento do EREsp n. 490.7390 PR, I ª Seção, j. em 24.09.03:

"PROCESSUAL CIV1L. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL CO

LETIVA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS AOVOCATÍC!OS. LEl

Nº 9.4940 97, A RT. l º-D. lNAPUCABlLIOADE.

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 exeqüente em relação ao direito material.

2. A regra do art. 1 º-O da Lei nº 9.4940 97 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva".

Note que um dos argumentos é o de que o art. lº-D da Lei 9.494/1 997 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 fundamento57 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 s.inônimas: são todas ações coletivas.

Assim, pelas mais variadas razões, o STJ entendeu que nas execuções individuais contra a Fazenda Pública, proposta pelo indivíduo ou legitimado 57. "PROCESSUAL CfVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR.ES PÚBLICOS

FEDEIWS. REAJUSTE

DE VENCIME TOS. AÇÃO COLETIVA AJULZADA POR SINDICATO. EXECUÇÃO. HONORÁ

R.IOS ADVOCATÍCIOS. CABIME TO. SENTENÇAS PROFER.IDAS EM SEDE DE AÇÃO CIVIL

PÚBLICA E AÇÃO DE CLASSE. ÃO JNCJ_DÊNCIA DA MP Nº 2 . 1 80-350 200 1 . 1 . É pacífico, na doutrina e aa jurisprudência, em face da regra contida no art. 95 do CDC, que, nos casos de procedência das ações coletivas de tutela de interesses individuais homogêneos, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. 2. A execução de sentença genérica de procedência, proferida em sede de ação coletiva /aro sensu - ação civil pública ou ação coletiva ordinária -, demanda uma cognição exauriente e contraditório amplo sobre a existência do direito reconhecido na ação coletiva, a titularidade do credor, a individualinção e o montante do débito. Precedentes. 3. A execução da tutela coletiva, ajuizada por Sindicato, na defesa dos interesses dos membros da categoria que representa, não difere da execução de sentença proferida em sede de ação civil pública, quando esteja sendo tutelado direito individual homogêneo, uma vez que as peculiaridades desta execução não estão vinculadas à via processual utilizada, mas sim à natureza individual homogênea do direito tutelado. 4. Conclui-se, portanto, que nas execuções de sentenças genéricas, proferidas em sede de ação cole1iva lato sensu, ação civil pública ou ação coletiva de classe, promovida por Sindicato, não deve incidir a regra do art. 1 °-D da Medida Provisória nº 2. l 80D 350 2001 - que veda a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios na ausência da oposição dos embargos à execução. 5. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp nº

658. 1 55D SC, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, publicado no DJU de 10.1 0.2005) 430

extraordinário, fundada em sentença coletiva, não incide a regra do art. l 0-D da Lei n. 9.494/1 997, permitindo a condenação do Poder Público ao pagamento de verba honorária, mesmo se não houver embargos. Há, pois, divergência entre o pensamento do STF e do STJ.58 É preciso harmonizá-los.

Não obstante o entendimento firmado pelo STJ e consolidado no enunciado n. 345 de sua Súmula de Jurisprudência Predominante, atente-se que, no caso das execuções de sentenças coletivas, deve haver honorários na liquidação, que,

como demonstrado, é outra demanda, com forte carga cognitiva. Depois da l iquidação, vem a execução. Nesta, não há, segundo restou acentuado, honorários, devendo incidir o art. 1 º-D da Lei o. 9.494/1 997, a não ser que se trate de execução sem precatório. Em se tratando de execução que se processa mediante precatório, não há causalidade, não havendo honorários. Entender diferente viola o precedente do STF, cabendo, conforme defendido no vol. 3 deste Curso, reclamação constitucional, pois se trata de precedente. do Plenário da Corte Suprema. 59

Em suma, tal enunciado sumular deve ajustar-se ao entendi mente do Supremo Tribunal Federal, a fim de que se estabeleça que cabem honorários, nos casos sentença coletiva, nos subseqüentes processos de liquidação, e não nas execuções que se lhes seguirem. Note que o precedente citado, da autoria do Min. Zavascki, refere exatamente à dificuldade de liquidação da sentença coletiva.

3. COMPETÊNCIA PARA A LIQUI DAÇÃO E EXECUÇÃO COLETIVAS

De acordo com § 2° 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; I I - 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. 1 O 1 , I, do CDC, que permite ao consumidor propor a ação em seu domicílio, inclusive como uma técnica de facilitar o acesso à justiça.60 A interpretação era ainda mais interessante, em ra-

58. AgRg no AgRg no Ag 804. 1 68/RS, Rei. Ministra MARJA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TUR

MA, julgado em 1 9.06.2007, publicado no DJ de 29.06.2007 p. 728.

59. DIDIER JR., Fredic; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. 4" edição.

Salvador: JusPodivm, 2007, v. 3, p. 279, letra).

60. GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 8' ed., cit., p. 888-891; PIZZOL, Patrícia Miranda. liquidação nas ações coletivas, p. 1 9 1 -

193; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a 1111elaj11risdicional dos direitos individuais 431

zão de ter sido vetado o parágrafo único do art. 97 do coe, 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 beneficio da tutela coletiva, sob pena de desprestigiá-la e, pois, aniquilá-la. O veto presidencial, mais uma vez em se tratando de coe, 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 contra-senso 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 induvidosamente 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".61

Trata-se de regramento geral, aplicável a execução de qualquer sentença coletiva, tendo em vista o princípio exaustivamente defendido neste livro, segundo o qual as regras do coe funcionam como regras gerais do microssistema de tutela jurisdicional coletiva.

Neste sentido, acolhendo essa argumentação, STJ, Terceira Seção, CC n.

96.682-RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima,j. em 1 0.02.201 O. Em 201 1 , em julgamento de recursos especiais repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça consolidou homogêneos, p. 1 89.

6 1 . ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações colerims: a 1111elajurisdicional dos direitos individuais homogêneos. p. 188 e 190.

este entendimento (Corte Especial, REsp n. 1 .243.887-PR, rei. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 1 9. 1 0.20 1 1).

Com a edição da Lei Federal nº 1 1 .232/2005, alterou-se a competência para a execução da sentença individual no CPC. Como se trata de regra nova, que facilita a efetivação da sentença, é aplicável ao âmbito coletivo, fornecendo elementos importantes sobre o modo de efetivar individualmente uma sentença coletiva.

É que o parágrafo único do art. 475-P do CPC permite ao exeqüente 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. Nesses dois casos, deverá o exeqüente 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 exeqüente extraísse cópia dos autos do processo, nos termos do § 3° do art. 475-0, e 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 ju ízo 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 j urisdição.

Há, pois, três foros em tese competentes para a execução da sentença: foro que processou a causa originariamente, foro de domicílio do executado e foro do bem que pode ser expropriado.62 E, no caso da execução individual de uma sentença coletiva, urna quarta hipótese, o foro de domicílio do exeqüente. É

possível, ainda, o controle da opção do exeqüente pela apresentação de exceção de incompetência relativa pelo executado.63

A possibilidade de escolha de foros para a execução, prevista no par. ún. do art. 475-P, 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, § 2°, II) adotava o regime geral previsto no CPC, se esse foi alterado, também deve considerar-se alterado, por revogação, o regime daquele.

62. A possibilidade de escolha do foro' compelente resu-inge-sc à propositura da

demanda executiva. "Dessa forma, caso o executado mude seu endereço durante a fase de satisfação da sentença, ou adquira bens em local diverso daquele em que tramita o processo, tais mudanças não serão aptas a modificar novamente a competência do processo". (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reforma do CPC. São Paulo: RT, 2006, p. 278).

63. ASSIS, Araken de. Cumprimemo da sentença, cit., p. 1 86.

CAPÍTULO X l l

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 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 conlra 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.

L 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 ouh·os aspectos do processo coletivo, como a competência e a liquidação, assim como nada se diz sobre os aspectos substanciais da tutela jurisdicional coletiva passiva.

Esse ensaio 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 PASSI

VAS. AS SITUAÇÕES J U RÍDICAS PASSIVAS COLETIVAS: DEVERES

E ESTADOS DE SUJEIÇÃO DI FUSOS E I NDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Há ação coletiva passiva quando um agrnpamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afumada na petição inicial. Formula-se demanda contra uma dada coletividade. Os direitos afirmados 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 distintas 1•

1 . DINAMARCO, Pedro. "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de procesos colectivos para lberoamérica". La 1111ela de los derechos difi1sos, colectivos e individuales homogéneos - hacia 1111

Código Modelo para lberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coorcl.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 1 33 ; MENDES, Aluísio. "O Anteprojeto de Código Modelo ele Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos e a legislação brasileira". Revis/a de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 3 1 , p. 1 1 .

fREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

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 jwídica 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 litularizada pela coletividade encontrar-se no

pólo 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 jmídicas 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 homogéneos (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.

H á 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 empresas2). 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.

2. GI OI, Antonio. A class aclion como instrumento de tutela coletiva dos direitos, cit., p. 390-3 9 1 .

PROCESSO COLETIVO PASSIVO

A redação do art. 35 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero

-América (CM-UDP) é um pouco confusa3•

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 situaçã.o 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. 1° 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 homogêneos4 (deveres que decorrem de uma situação de fato comum), o que não é uma boa opçã.o (mais à frente, ao examinarmos os exemplos de ação coletiva passiva, veremos o quão útil é a ação coletiva passiva contra deveres individuais homogêneos)5.

Mas isso não é o bastante para apresentar o tema.

A ação coletiva passiva pode ser classificada em original ou derivada6• Ação coletiva passiva original é a que dá início a um processo coletivo, sem qualquer

3. "Art. 35. Ações coutra o grupo, categoria ou classe - Qualquer espécie ele ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2° do artigo 2° deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1 º) e se revista de interesse social".

4. 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 urna 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".

5. Entendendo muito ütil a ação coletiva passiva para as situações jurídicas individuais homogêneas, VlGLIAR, José Marcelo. "Defendant class action brasileira: limites propostos para o 'Código de Processos Coletivos'".

Direi/o processual colelivo e o anleprojeto de Código Brasileiro de Processos Colelivos. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castrn Meneies e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 320.

6. Proposta de classificação aceita pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, formulado pelo instituto Brasileiro de Direito Processual (cap. 111). Diogo Maia também se utiliza desta classificação, 437

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"7• 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"8. Em uma ação coletiva passiva derivada de uma aç:ão coletiva proposta pelo M i nistério Público, o réu será esse mesmo M i nistério Público. A melhor solução é manter o rol dos legitimados em tese para a proteção das situações jurídicas coletivas e deixar ao órgão jurisdicional o controle in concreto da adequação da representação9. Algumas ponderações, contudo, podem ser efetuadas pai-a 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 com outra designação, porém: ações coletivas independentes e ações coletivas derivadas ou incidentes (MAJA, Diogo. Fundamentos da ação coletiva passiva. Dissenação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 7 1 .)

7. GIDI, Antonio. A class aclion como insrmmento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: RT, 2007, p. 4 1 5.

8. G!Dl, Antonio. "Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito". Revista de Processo. São Paulo, RT, 2003, n. 1 1 1 .

9. 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".

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) 10 na ação coletiva passiva, o que é digno de elogio. A regra, ainda, está em conformidade com o art. 4° 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 pólos, 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 passiva 11 •

N o 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 Federal 12, pleiteando o retorno das atividades. Trata-se, induvidosamente, de uma ação coletiva passiva, pois a categoria "policial federal" encontrava-se como sujeito passivo da relação

1 O. Um dos autores desle Curso adota a divisão em cinco eficácias sentenciais ou tutelas jurisdicionais, portan·

to, entende mais adequada a menção das tutelas mandamental e executiva lato sensu, ao lado dos pedidos declarntório, conslitutivo e condenatório. Cf. Hermes Zaneti Jr. Mandado de Segurança Coletivo. Porlo Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001 , p. 154 e ss. Para a doutrina mais atualizada sobre o lema, o excelente: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

1 1 . MAIA, Diogo Campos Medina. "A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente". Direito processual coletivo e o a11teprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 329. A Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n. 5.45211943 já previa os processos duplamente coletivos (art. 856 e segs.): os dissídios coletivos. Além disso, há o art. 1° da Lei Federal brasileira n. 8.984/ 1 995: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções cole1ivas 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, corno a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, nestes casos serão efetivamente processos coletivos.

12. O andamento deste processo pode ser consultado no sítio do Tribunal Regional Federal da 1• Região, Brasil: www.trfl .gov.br. O processo foi registrado sob o número 2004.34.00.01 0685-2.



jurídica deduzida em juízo: afumava-se que a categoria tinha o dever coletivo de voltar ao trabalho. Desde então, sempre que há greve, o empregador que se sente prej udicado 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 coocorrência e dos consumidores13•

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 ele 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 grupo14. No mesmo ano, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro passou por situação semelhante, tendo adotado a mesma providência (processo que tramita na 1 0ª Vara da Fazenda Pública da Cidade do Rio de Janeiro, tombado sob o o.

028881 3-36.2008.8. 1 9.000 1 ; a demanda foi proposta 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 ilicito.

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. fgualmente, ações coletivas poderão ser propostas contra lojas, cartórios, órgãos públicos, planos de seguro-saúde, prisões, fábricas, cidades etc., em beneficio de consumidores, prisioneiros, empregados, contribuintes de impostos ou taxas ou mesmo em beneficio do meio ambiente"1s.

13. VJOLJN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: f1111dame11tos e pe1fis. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p.

79-80.

14. O andamento deste processo pode ser consultado no sí1io do Tribunal Regional Federal da l' Região, Brasil: www.tríl.gov.br. O processo foi regislrado sob o número 2008.34.00.0 l 0500-5.

l 5. GIDI, Antonio. A class action como instn1me1110 de tutela coletiva dos direitos. ci1., p. 392. Ver, ainda, a 440



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 16•

Pondera, todavia, Antonio Gidi:

"En principio, la acción colectiva pasiva no debe ser com prendida simplemente como una acción colectiva ai revés. Por tanto, no debe ser utilizada por un demandado potencial (en una acción colectiva activa indemnizatoria por daífos individuales) para lograr una sentencia declaratoria de que su producto no ha causado dano a los miembros dei grupo (sentencia declaratoria negativa de responsabilidad por dai'ios).

AI parecer, no existe intcrés 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 iniciaria en el momento oportuno: no le correspondería ai demandado anticiparse ai grupo" 17•

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 respeito do tema, GIDI, Antonio "Notas críticas ai anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colcctivos dei Instituto lberoamericano de Derecho Proccsal". La 1111ela de los derechos difusos, colec1ivos e individuales homogéneos - hacia 1111 Código Modelo para lberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Grcgor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 4 1 1 ; Coisa julgada e lilispendência nas ações coletivas.

São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5 1 -52, nota 128.

16. DINAMARCO, Pedro. "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de procesos coleclivos para lberoamérica". La ////ela de los derechos difusos, colectivos e i11divid11ales homogéneos -hacia un Código Modelo para /beroamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 134. (GTDI, Antonio. "Notas críticas ai anteproyccto de Código Modelo de Procesos Colectivos dei Instituto lberoamericano de Derecho Procesal". La 1111ela de los derechos difi1sos. colec1ivos e individuales homogéneos - hacia 1111 Código Modelo para lberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 4 1 1 .)

1 7 . GIDI, Antonio. "Notas críticas a i anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos dei lnstiruto lberoamericano de Dcrecho Procesal". La 1111ela de los derecl10.1· difi1sos. colectivos e individuales /10-mogéneos - hacia 1111 Código Modelo para Iberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrcr Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrua, 2003, p. 4 1 1 .



ir além: rigorosamente, não são ações coletivas passivas18• 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, corno 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 jmídica que conhecemos como direitos individuais homogêneos é a 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"19• 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 afumaria a existência de um de 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 produtos20. 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 1 8. Neste ponto, um dos autores deste curso altera o entendimento manifestado em DIDIER .Ir., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 271 -272; DI DLER Jr., Fredie, ZANETI Jr., Hermes. Curso de direito processual civil. 3' cd. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, v. 4, p.

2 1 8-219. 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 idéias aqui divulgadas cenamente não existiriam.

19. 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, Giselda Sampaio da. O problema do nexo causal na

responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 267-3 12.

20. MAIA, Diogo Campos Medina . .. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente", cit., p. 339. No texto, o autor cita vúrios outros exemplos.

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 legitima

ção coletiva ordinária, pois o titular da situação jurídica coletiva é, também, o legitimado a defendê-la em juízo21• Com relação ao objeto, o Judiciário deverá analisar se se trata de uma leg.ítima 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.

4. APLICAÇÃO SUBSI DIÁRIA DAS REGRAS DO PROCESSO COLE

TIVO 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" 22.

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 regrarnento adequado ao caso concreto.

As regras sobre legitimidade (principalmente o controle jurisdicional da legitimação coletiva)23, competência, tutela antecipada, audiência preliminar, compromisso de ajustamento de conduta, provas, julgamento antecipado do 2 1 . Confira-se, por exemplo, o art. 232 da Constituição da República Federativa do Brasil: "Os índios, suas comunidades e organizações são parles legitimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em lodos os atos do processo". Há, ainda, a regra do art. 37 da Lei Federal brasileira n. 6.001/1973 (Es1atu10 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 M inistério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio".

22. G!Dl, Antonio. "Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito". Revista de Pmcesso. São Paulo, RT, 2003, n. 1 1 1 .

23. Inclusive a possibilidade de substituição do legitimado coletivo passivo, no caso de falta de "representatividade adequada". Assim, também, DINAMARCO, Pedro. "Las acciones colectivas pasivas cn el Código Modelo de Procesos Colectivos para lberoamerica". cit., p. 138.

mérito, prioridade no processamento, conexão, litispendência, por exemplo, devem ser aplicadas, sem restrição. Os réus na ação coletiva passiva também não precisarão adiantar "custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas"24.

É possível, ainda, aplicar o entendimento de há interrnpção 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 impo1tante a proteção da.ferir notice na ação coletiva passiva. Cabe, por exemplo, a aplicação do art. 2 1 do CM-IIDP, 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 col.etivas passivas que cuidam de deveres individuais homogêneos, essa comunicação também se impõe, até porque, como foi isto, 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 coletivas25.

Se o autor de uma ação coletiva ativa não pode ser condenado, 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 proteção26.

O objeto da liquidação de urna 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 J U LGADA 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 24. Assim. também, DINAMARCO. Pedro. "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para lberoamerica'", cit., p. 139.

25. Em sentido contrário, entendendo que as últimas devem ser aplicadas por isonomia às ações coletivas passivas, embora reconhecendo que "esa no fuc la intención de los redactores dei Anleproyecto", Dl

NAMARCO, Pedro. "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para lbcroamerica", cit., p. 139.

26. DINAMARCO, Pedro. "Las acciones colectivas pasivas en el Código

Modelo de Procesos Colectivos para Ibcroamerica", cit., p. 139.

444

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 possibil idade de ajuizamento de ação coletiva passiva, que, como visto, tem "aparecido" no foro brasileiro com bastante freqüência. 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-lIDP cuida da coisa julgada nas ações coletivas propostas contra coletividade titular de uma situação jurídica passiva difusa27.

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 afinnada no pólo passivo da demanda, embora também possa ser afirmada no pólo ativo (ação duplamente coletiva). O ait. 35 continua deixando dúvidas sobre a possibilidade de uma ação coletiva apenas no pólo passivo, possível como visto nos comentários acima.

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 grnpo. Não há coisajulgadasecundum eventumprobationis, que, de acordo com uma das principais doutrinadoras brasileiras sobre o tema, é

"inadecuada en la acción colectiva pasiva"28•

Note, porém, que se a ação for duplamente coletiva, o regime da coisa julgada variará conforme a situação jurídica material tutelada: em relação à situação 27. "Art. 3 6 - Coisajulgada 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".

28. GRlNOVER, Ada Pellegrini. "Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código

Modelo y la teoria de Liebman". La tutela de los derechos difusos, colectivos e i11dividuales homogé11eos - hacia 1111 Código Modelo para lberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrcr Mac-Gregor (coord.). Mcxico: Porrúa, 2003, p. 259.

445

coletiva ativa, regime da coisa julgada secundum eventum probationis, em

relação à situação coletiva passiva, regime da coisa julgada pro et contra.

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 lbe 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 associação29.

O regime da coisa julgada para os direitos coletivos stricto sensu é idêntico, ressalvando-se apenas o âmbito da coisa julgada que se restringe ao grnpo de sujeitos (ultra partes). Ressalte-se, outrossim, que a divisão entre difusos e coletivos vem perdendo força na doutrina, não tendo sido incluída no projetos comentados, muito embora ainda esteja prevista no direito positivo brasileiro.

5.3. Coisa julgada nas ações coletivas passivas propostas contra deveres individuais homogêneos O art. 37 do CM-IIDP30 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.

29. Assim, por exemplo, a proposta de Código de Processos Coletivos de Antonio Gidi: "28.1 A associação representará o grupo corno 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".

30. "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 ele execução para afastar a eficácia da decisão na sua esferajuridica individual. Parágrafo único - Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia erga 011111es, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido".

PROCESSO COLETIVO PASSIVO

De acordo com a proposta, a coisa j ulgada, 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 grupo3 1 •

Excepciona-se a regra quando a ação coletiva for proposta conlra sindicato, na qualidade de substituto processual da categoria. Neste caso, a coisa j ulgada vinculará individualmente todos os membros do grupo, qualquer que seja o resultado da causa (art. 37, par. ún., CM-IIDP).

A proposta merece críticas32.

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 probablemeDte restringir la utilización de la acción colec'tiva pasiva (. . .) a procesos dirigidos contra una amplia colectividad de personas. Si la colcctividad es pequena, es probable que todos

- o casi todos - los miembros dei grupo se rebelen en acción propia, contra la eficacia de la sentencia, atomizando la controversia y sustrayendo efectividad a la sentencia colectiva"33.

Um exemplo pode ajudar a revelar a inadequação da proposta. Conforme visto acima, houve um caso no Brasil em que uma Universidade ingressou com 3 1 . "Así, en el caso de sentencia desfavorablc ai grupo, no habrá cosa juzgada con relación a cada uno de sus rniernbros. Si estos no tornan ninguna iniciativa,

serán abarcados por la eficacia natural de la sentencia.

Pero si quicren oponerse a ella, tendrán que cnjuiciar acción propia para apartar su eficacia en la esfera individual de cada cual". (GRINOVER, Ada Pellcgrini. "Eficacia y autoridad ele la sentencia: e! Código Modelo y la teoria de Liebman". La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos - hacia 1111 Código Modelo para lberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.).

Mexico: Porrúa, 2003, p. 259.)

32. Como as que fez Antonio Gidi em 2003, ao considerar a proposta "genial desde e! punto de vista intelectual", mas que "reduce irrnecesariamente la ímportancia práctica dei instituto de las acciones colectivas pasivas". (GIDI, Antonio. "Notas críticas ai antcproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos dei Instituto lberoamericano de Derecho Procesal", cit., p. 4 1 5.) 33. GRJNOVER, Ada Pellegrini. "Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la teoria de Liebman", cit., p. 259.

ação possessória contra urna associação de estudantes, tendo em vista a invasão de um dos seus prédios. Ajustiça 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 pólo da relação processual. No pólo ativo, afirma-se a titularidade de djreitos individuais homogêneos de indenização dos correntistas de banco, pelos prejuízos causados pela não con-eção de suas contas de poupança pelos critérios de atualização corretos; no pólo passivo, afinna-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 dâ 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 .incidência da decisão sobre a sua esfera individual. Assim, a ação coletiva, que neste caso é ativa e passiva, não serviu para rigorosamente nada34•

A inadequação da proposta revela-se, também, pela inclusão do parágrafo úillco 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 34. Também percebendo a inaplicabilidade da regra nos casos de ações duplamente coletivas, MAIA, Diogo.

F1111da111entos da ação coletiva pas5iva. Disscnação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 185.

coletiva, que, como visto, não é caso de ação coletiva passiva. Trata-se de regra que é o espelho do § 2° do art. 33 do CM-IIDP35• 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 possibi 1 idade 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 coe 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.

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 ait. 82 do CDC, que supostamente indicaria apenas o pólo ativo das demandas judiciais; nã.o há qualquer indicativo no texto de lei que aponte para o sentido de que "defesa", ali, somente significa "defesa no pólo ativo", excluindo-se a "defesa no pólo 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 obj eto a discussão de convenção coletiva de 35. GRJNOVER, Ada Pellegrini. "Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la teoría de Liebman", cit., p. 259.

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETI JR.

trabalho (art. l º da Lei Federal n. 8.984/1995)36• Nessas hipóteses, os sindicatos estarão em pólos opostos defendo 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: I I 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 rescisó1ia, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente l itisconsórcio passivo necessário".

36. Art. 1 º: "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".

1 Bibliografia 1