34

SABERES DO DIREITO

Direitos Difusos e Coletivos I

Teoria geral do processo coletivo

FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-17117-6
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Gajardoni, Fernando da Fonseca
Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo) / Fernando da Fonseca Gajardoni. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 34)
1. Direitos coletivos - Brasil 2. Interesses coletivos (Direito) 3. Interesses difusos (Direito) 4. Processo coletivo - Brasil I. Título. II. Série.

Índice para catálogo sistemático:
1. Brasil : Processo coletivo : Direito processual 347.91 (81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Diretor de produção editorial Lígia Alves
Editor Roberto Navarro
Assistente editorial Thiago Fraga
Produção editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais, arte e diagramaçao Know-how Editorial
Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira
Capa Aero Comunicação
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Know-how Editorial

Data de fechamento da edição: 25-4-2012

Dúvidas?
Acesse: www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Fernando da Fonseca Gajardoni

Professor Doutor de Direito Processual Civil e Coletivo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP-USP) e do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos da UNAERP. Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP (FD-USP). Membro da comissão de juristas nomeada pelo Ministério da Justiça para elaboração da Nova Lei da Ação Civil Pública (PL n. 5.139/2009). Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

Conheça o autor deste livro: http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=17116-9

Coordenadores

Alice Bianchini

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC. Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

Luiz Flávio Gomes

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?page_id=2445

Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o Conteúdo Net[1]

A união da tradição Saraiva com o novo conceito de ***livro vivo***, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de Conteúdo Net)[1].

No Conteúdo Net[1] você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao Conteúdo Net[1] do seu livro mediante **assinatura**.

Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet
http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012

1 O Conteúdo Net deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.

Sumário

Introdução

Capítulo 1 **Breve Notícia Histórica**

Capítulo 2 **Motivos que Justificam a Tutela Coletiva dos Direitos e Interesses**

Capítulo 3 **Incapacidade de o Processo Civil Clássico Tutelar os Direitos Supraindividuais**

Capítulo 4 **O Desenvolvimento Legal do Processo Coletivo no Brasil**

Capítulo 5 **Natureza dos Direitos e Interesses Supraindividuais Tutelados pelo Processo Coletivo**

Capítulo 6 **Classificação do Processo Coletivo**

- 1. Quanto aos sujeitos
- 2. Quanto ao objeto
- 3. Ações pseudocoletivas (ou pseudoindividuais)

Capítulo 7 **Principais Princípios do Direito Processual Coletivo (Comum)**

- 1. Princípio da indisponibilidade mitigada da ação coletiva
- 2. Princípio da indisponibilidade da execução coletiva
- 3. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito
- 4. Princípio da prioridade na tramitação
- 5. Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva
- 6. Princípio da máxima efetividade do processo coletivo ou do ativismo judicial
  - 6.1 O controle pelo Judiciário das políticas públicas
  - 6.2 Flexibilização procedimental
  - 6.3 Comunicação para ajuizamento de ação coletiva
- 7. Princípio da máxima amplitude ou da atipicidade ou não taxatividade do processo coletivo
- 8. Princípio da ampla divulgação da demanda
- 9. Princípio da integratividade do microssistema processual coletivo

10. Princípio da adequada representação ou do controle judicial da legitimação coletiva

Capítulo 8 **Objeto do Processo Coletivo**

1. Direitos e interesses difusos
2. Direitos ou interesses coletivos
3. Direitos ou interesses individuais homogêneos
4. Limitações legais ao objeto do processo coletivo
5. Questões práticas advindas da conceituação dos direitos difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos

Capítulo 9 **Coisa Julgada**

1. Breves contornos da coisa julgada no processo individual
2. A coisa julgada no processo coletivo
   - 2.1 Coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*
   - 2.2 Coisa julgada *in utilibus* (ou com possibilidade de transporte *in utilibus*)
   - 2.3 A suspensão da ação individual como condição para o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva – a suspensão facultativa e judicial
   - 2.4 Destino da ação individual de objeto correspondente à coletiva após o julgamento dela
   - 2.5 A especial hipótese prevista no art. 94 do CDC: coisa julgada *pro et contra* para o particular interveniente na ação coletiva
   - 2.6 A coisa julgada coletiva à luz das regras do art. 16 da Lei n. 7.347/85 e do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97
   - 2.7 A coisa julgada no mandado de segurança coletivo
   - 2.8 A coisa julgada na ação civil de improbidade administrativa

Capítulo 10 **Relação entre Demandas Coletivas**

1. Relação entre demandas individuais
2. Relação entre demandas coletivas e individuais
   - 2.1 Identidade total de elementos entre ação coletiva e individual
   - 2.2 Identidade parcial de elementos entre ação coletiva e individual
3. Relação entre demandas coletivas
   - 3.1 Identidade total de elementos entre ações coletivas
   - 3.2 Identidade parcial de elementos entre ações coletivas
4. Critério para reunião de demandas coletivas relacionadas

Capítulo 11 **Competência nas Ações Coletivas**

1. Jurisdição, competência e critérios de aferição
2. Critério funcional
    2.1 Foro privilegiado
    2.2 Prevenção
3. Critério material (*ratione materiae*)
    3.1 Justiça eleitoral
    3.2 Justiça do trabalho
    3.3 Justiça comum (federal e estadual)
        3.3.1 Intervenção de ente federal nas causas em curso na justiça estadual
        3.3.2 Ação civil pública e ação popular ambiental
        3.3.3 Danos de âmbito internacional
    3.4 Competência material delegada
    3.5 Mandado de segurança coletivo
4. Critério valorativo
5. Critério territorial
    5.1 Definição pelo local do dano
    5.2 Danos regionais e nacionais
    5.3 Danos de âmbito internacional
    5.4 Mandado de segurança coletivo

Capítulo 12 **Liquidação e Execução da Sentença Coletiva**

1. Cumprimento de sentenças nas ações coletivas que imponham obrigação de fazer e não fazer
    1.1 Tutela específica *versus* tutela reparatória ou ressarcitória
    1.2 Processo sincrético e emprego das técnicas executiva e mandamental
    1.3 Tutela específica e defesa do devedor
    1.4 Tutela específica contra o poder público
    1.5 Tutela específica e obtenção do resultado prático equivalente
    1.6 Perdas e danos
    1.7 Tutela específica antecipada
    1.8 Multa
    1.9 Medidas de apoio
    1.10 As obrigações de fazer e não fazer impostas em sede de mandado de segurança coletivo
2. Cumprimento de sentenças nas ações coletivas que imponham obrigação de entrega

3. Liquidação e cumprimento de sentença nas ações coletivas que imponham obrigação de pagar
3.1 Liquidação e cumprimento de sentenças coletivas tutelares dos direitos e interesses difusos e coletivos (*stricto sensu*)
3.1.1 Liquidação e execução da pretensão coletiva
3.1.2 Liquidação e execução da pretensão individual decorrente
3.2 Liquidação e cumprimento de sentenças coletivas tutelares dos direitos e interesses individuais homogêneos
3.2.1 Liquidação e execução da pretensão individual correspondente (art. 97 do CDC, 1ª parte)
3.2.2 Execução coletiva da pretensão individual correspondente
3.2.3 Liquidação e execução da pretensão coletiva residual (*fluid recovery*)
3.3 Concurso de créditos
3.4 As obrigações de pagar decorrentes de sentença concessiva de mandado de segurança coletivo
4. Programa extrajudicial de prevenção ou reparação de danos

Capítulo 13 **Prescrição nas Ações (e Execuções) Coletivas**

Referências

Introdução

Nosso interesse pelo estudo do processo coletivo se deve à influência (ou pressão, como preferirem) de dois grandes juristas: Luiz Flávio Gomes e Ada Pellegrini Grinover.

No ano de 2005, em um encontro casual no prédio da Rede LFG na Rua Bela Cintra, São Paulo, Luiz Flávio Gomes comentava com a Professora Ada Pellegrini Grinover, na nossa presença, das dificuldades de se encontrar um professor de processo coletivo, tema cada dia mais corrente nos concursos públicos.

A Professora Ada Pellegrini Grinover, então, direta como todos os que a conhecem sabem, exclamou: "*Gajardoni dará estas aulas, não é, Gajardoni*?".

A reação do neófito (e assustado) processualista àquela altura não podia ser outra que não um "*é claro, Professora*", seguido de um "*está feito, então, avante!*", do Professor LFG.

E lá se vão mais de 7 anos de dedicação ao estudo e ao ensino do processo coletivo.

Por evidente, além deste livro, o estudo do processo coletivo me rendeu outros bons frutos na academia. Por primeiro, a participação na Comissão de Juristas nomeada pelo Ministério da Justiça para elaboração da nova Lei de Ação Civil Pública, ainda em trâmite no Congresso Nacional (PL 5.139/2009). Depois, a indicação para, em parceria com outros colegas, a regência da disciplina processo coletivo no 9º semestre da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP-USP). E, por fim, convites fantásticos para palestras, conferências, e para ministrar o tema em cursos de Mestrado, inicialmente na Fundação Universidade de Itaúna (MG) e, depois, na UNAERP (Universidade de Ribeirão Preto/SP).

Este livro, tanto quanto as aulas ministradas, é dividido em duas partes

(dois volumes). O primeiro (volume 34) exclusivamente dedicado à *teoria geral do processo coletivo*, cujo domínio é essencial para avançar sobre o objeto do segundo (volume 35): *ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo*.

Milhares de alunos já se iniciaram no delicioso (mas também intrincado) estudo do processo coletivo sob a minha batuta. E cada um deles – com indagações, críticas, comentários e elogios –, à sua maneira, contribuiu para a realização deste trabalho (que nada mais é do que o desenvolvimento, aprofundado e por escrito, daquilo que é trabalhado no curso de processo coletivo da Rede LFG).

É a eles – exclusivamente – que credito e dedico este trabalho.

Franca, verão de 2012.

Capítulo 1

Breve Notícia Histórica

O direito processual coletivo é uma vertente do próprio direito processual civil, de modo que o nascimento daquele é intimamente atrelado à própria evolução metodológica deste.

As primeiras notícias que se têm do processo civil, por assim dizer, remontam ao período Romano, quando então não havia diferença formal entre o direito processual e o direito material. Em realidade, nem é correto se falar em direito processual neste longo período que vai da origem do Direito até o século XIX, vez que este nada mais era do que uma faceta do direito material, um apêndice deste ("o direito material armado para a guerra"). Este momento ficou conhecido na história do processo como a **fase sincretista, civilista ou imanentista** do direito processual.

A partir do século XIX, entretanto, por força das ponderações reapresentadas por Von Bülow no seu *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias* – primeira obra científica sobre direito processual da história – e de discussões travadas antes na Alemanha por Windischeid e Muther sobre a natureza jurídica da ação, o fenômeno processual passou a ser visualizado de modo autônomo ao direito material. De fato, a relação jurídica processual passou a ser diferenciada da relação jurídica material em três aspectos: a) sujeitos (autor, réu e Estado); b) objeto (prestação jurisdicional); e c) pressupostos (pressupostos processuais). Esta fase ficou conhecida como a **fase autonomista ou conceitual** do direito processual, e, graças a este distanciamento entre o direito material e o direito processual, a esta visão introspectiva do direito processual, é que este foi erigido a um ramo autônomo do Direito.

O distanciamento entre o direito material e o direito processual,

entretanto, embora importante para o próprio desenvolvimento do direito processual civil como ciência, trouxe efeitos nem sempre desejados. De fato, as discussões processuais sem relação com o direito material a que visam proteger tornam o processo civil uma técnica vazia, sem utilidade prática ou real. Por isto, em meados do século XX, teve início uma fase crítica do direito processual civil, que dura até os dias atuais, conhecida como **fase instrumentalista**. A partir daí, o direito processual, sem renúncia à sua autonomia científica, passou a ser investigado extrinsecamente, como um meio de acesso a Justiça, algo que seria impossível de ocorrer sem aferição dos seus resultados práticos e da capacidade dele em tutelar o direito material.

Nesta época, por força de um relatório apresentado por dois juristas sobre acesso à Justiça (Bryan Garth e Mauro Cappelletti), passou-se a falar em *3 (três) ondas renovatórias de acesso à Justiça*. Em outros termos, apregoava-se que a única maneira de o processo realmente se tornar um instrumento a serviço da Justiça era ele passar por estas três grandes transformações, sem o que ele continuaria a ser uma fórmula vazia. Primeiro, o processo deveria prover tutela aos necessitados (*assistência judiciária*). Segundo, o processo deveria ser capaz de tutelar os interesses supraindividuais (metaindividuais, transindividuais), especialmente por conta da indeterminabilidade dos seus titulares (*processo coletivo*). E, terceiro, o processo deveria ser eficaz, visto isto como a capacidade de alcançar resultados efetivos e satisfatórios (*efetividade*).

Bem se vê, então, que o surgimento formal do processo coletivo ocorre dentre da fase instrumentalista do direito processual (ainda em andamento), mais precisamente dentro da 2ª onda renovatória de acesso à Justiça.

Alguns autores, geralmente os ligados ao direito constitucional, têm uma visão histórica um pouco distinta da dantes anunciada (mas não excludente a ela). Eles preferem identificar o nascimento dos direitos supraindividuais (e, por consequência, do processo coletivo hábil a tutelá-los) a partir das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Aduzem que, logo após a concepção Moderna de Estado, os primeiros direitos fundamentais a surgirem (**direitos fundamentais de 1ª geração**) são os de natureza civil (liberdade, patrimônio, vida etc.) e política (voto). Aduzem que estes direitos consistiriam em verdadeiras *liberdades negativas*, na medida em que a partir deles haveria limites à atuação do Estado, que não poderia, como regra, interferir na vida privada e na liberdade alheia. Esta

primeira geração dos direitos fundamentais corresponde ao movimento econômico, político e cultural do liberalismo, cujo mote central era a tutela da **liberdade**.

Para contrapor esta primeira geração de direitos fundamentais e, mais do que isto, para minorar os nefastos efeitos da política de não intervenção do Estado na vida privada (desigualdade social), surge a partir dos séculos XIX e XX, um segundo grupo de direitos (**direitos fundamentais de 2ª geração**), de natureza econômica e social (direitos trabalhistas, previdência social, saúde etc.). Por eles, o Estado deveria garantir, ainda que de modo mínimo, um núcleo essencial de direito aos indivíduos, ao menos para que pudessem ter condições mínimas de sobrevivência. Esta geração de direitos fundamentais, portanto, era inspirada por propósitos de **igualdade**, e representava aquilo que os autores conhecem como *liberdades positivas*.

Até aqui, os direitos fundamentais tinham como único foco e destinatário o indivíduo.

Entretanto, no século XX, e em complemento aos direitos de 1ª e de 2ª geração, começam a ser identificados novos direitos e interesses, não mais relacionados à pessoa individualmente considerada, mas, sim, decorrentes da própria vida em sociedade. Surgem, a partir daí, direitos da coletividade como meio ambiente, patrimônio público etc. (**direitos fundamentais de 3ª geração**), inspirados não mais na visão individualista do homem dos séculos anteriores, mas, sim, em propósitos coletivos de **fraternidade** e vida comum. Para os constitucionalistas – e sem prejuízo de outras gerações de direitos fundamentais já apontadas por algumas (direitos de 4ª e de 5ª geração) –, este é o momento de nascimento e desenvolvimento do processo coletivo, fruto da incapacidade de o processo marcadamente individual tutelar estes interesses do grupo, da coletividade, da sociedade em si considerada.

> Alguns autores criticam esta divisão dos direitos fundamentais em gerações. Sustentam que diante da integralidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais, não seria possível esse fracionamento que é proposto pela doutrina. Embora se encampe esta crítica, não se pode deixar de negar que a divisão tem prestado um bom papel didático no desenvolvimento e no estudo da matéria. Aliás, se realizada uma (criticável) expansão da garantia supraconstitucional da dignidade da pessoa humana, não haveria necessidade alguma de

elaboração desta classificação dos direitos fundamentais. Afinal, a dignidade da pessoa humana já abarcaria todas as gerações de direitos fundamentais.

Capítulo 2

Motivos que Justificam a Tutela Coletiva dos Direitos e Interesses

Mas por que a tutela coletiva dos direitos e interesses (representação em juízo dos direitos e interesses supraindividuais) é fundamental para a própria proteção dos direitos fundamentais (visão constitucional), ou mesmo para que o processo realmente se torne instrumento de acesso à Justiça (visão processual)?

Especialmente três situações podem ser apontadas para responder a esta indagação.

Primeiro, a representação em juízo dos interesses e direitos supraindividuais é fundamental para a **tutela de direitos cuja titularidade é indeterminada**.

De fato, alguns direitos fundamentais de 3ª geração, como o meio ambiente, o patrimônio público, a moralidade administrativa etc., têm todos, indistintamente, como titulares. A partir desta indeterminação concreta do titular, fato é que há uma tendência natural à imobilização social. Afinal, o titular "A" do direito, certo de que o titular "B" o tutelará com benefícios a todos, deixa de agir, enquanto que o titular "B", certo de que o titular "A" ou "C" ou "D" o defenderá, com benefícios a todos, também deixa de atuar, e assim sucessivamente até que, ao final, ninguém atue na defesa do direito.

Isto acaba por justificar a construção de um modelo de processo coletivo em que o sistema eleja representantes da coletividade para atuar em favor dos titulares indeterminados dos direitos ou interesses, neutralizando ou, ao menos, mitigando esta tendência natural à imobilização deles por conta do efeito carona da atuação alheia (*free riding*). Há, portanto, um impulso

natural à imobilização dos agentes na defesa dos bens coletivos.

> Desde já, é importante observar que, por conta disto, o Brasil adotou um modelo misto de legitimidade ativa para as ações coletivas (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC). Embora admita que a sociedade civil (associações, sindicatos, partidos políticos etc.) ajuíze ações coletivas, permite que órgãos públicos (MP, Defensoria, Administração) também o façam. A admissão deste último grupo de legitimados (especialmente o MP) funciona como um redutor dos custos da demanda coletiva, imobilizando ou diminuindo o efeito carona (*free riding*). A legitimidade destes órgãos públicos para o ajuizamento de ações coletivas é mais do que uma questão de ampliar o acesso à Justiça. Na verdade, o objetivo do sistema é o de, por meio destes legitimados, garantir mecanismos institucionais capazes de neutralizar a inércia e permitir a tutela de bens e direitos de titularidade indeterminada.

Segundo, a tutela coletiva dos direitos e interesses é fundamental para a proteção de certos **bens ou direitos que, do ponto de vista da tutela individual, seriam economicamente desinteressantes**.

Existem alguns bens e direitos que, mesmo sendo lesados, não desafiam, por razões econômicas, uma reação individual dos seus titulares. É o caso de um dano mínimo causado a milhares de consumidores, aposentados ou contribuintes do país, do Estado, ou mesmo de determinado Município (*v.g.*, débito indevido de R$ 1,00 nas contas telefônicas, no benefício previdenciário, no IPTU). A prática tem demonstrado que, em virtude da pequenez do dano individualmente considerado, nenhuma vítima se dignará a demandar contra o causador do dano para repará-lo. Entretanto, a insatisfação social com a conduta acaba por alimentar na coletividade um sentimento de impunidade, instigando todos a se comportar de maneira ilícita, à míngua de repressão da conduta.

A partir do momento em que se desenvolve a técnica processual coletiva e se elegem os representantes públicos (MP, Defensoria, Administração) ou privados (associações, sindicatos, entidades de classe, partidos políticos etc.) da coletividade, estes pequenos danos individuais – mas que, globalmente considerados, são enormes (milhões de reais indevidamente cobrados dos consumidores, aposentados ou contribuintes) – acabam sendo protegidos,

com destinação do produto arrecadado em benefício da própria coletividade. Restabelece-se, com isto, não só a sensação social de legalidade, mas a própria tutela dos direitos de um modo geral.

Terceiro e finalmente, a representação em juízo dos interesses e direitos supraindividuais é fundamental para o **trato de demandas individuais repetitivas**, cuja tutela coletiva seja recomendável do ponto de vista da facilidade e da economia.

Não é estranho a nenhum operador do Direito, que cotidianamente pululam certos conflitos de massa de mesma ou de semelhantes características. Um plano econômico governamental que frustra os interesses econômicos de milhares de correntistas, um grande lote de produtos eletrônicos vendido com defeito a centenas de consumidores etc.

Para o sistema judicial, tratar destas questões individualmente, como átomos de um gigantesco universo, representa duplo prejuízo. Primeiro, por ter que enfrentar diversas vezes – com todo o custo a isso inerente – problemas de solução idêntica ou semelhante. E, segundo, por propiciar, no mais das vezes, decisões individuais total ou parcialmente contraditórias, tratando, portanto, indivíduos em situações idênticas ou semelhantes de modo distinto.

Para maximizar a atividade judicial e evitar os riscos dantes descritos, a técnica processual coletiva entra em ação, permitindo que estas demandas individuais repetitivas recebam, de uma só vez, tratamento coletivo. Assim, os conflitos passam a ser tratados molecularizadamente, e não mais atomicamente como no processo individual.

Capítulo 3

Incapacidade de o Processo Civil Clássico Tutelar os Direitos Supraindividuais

O direito processual civil clássico é absolutamente inadequado para proteção das 3 (três) situações supraindicadas, isto é, dos direitos e interesses supraindividuais.

Critérios tradicionais de legitimação (legitimação ordinária), de competência (local do dano) e de coisa julgada (*intra partes* e *pro et contra*) típicos do processo individual são incapazes de permitir que, como ocorre no processo coletivo, haja tutela genérica, em benefício de quem não é parte, e em demanda ajuizada por aquele que não é o titular do direito material.

Afinal, processo coletivo não é só o somatório dos direitos individuais *egoísticos* (litisconsórcio), mas, sim, a síntese deles, um fim comum e *altruísta* (bem do grupo) que demanda uma técnica absolutamente diversa de tutela.

Por isto, foi necessária uma transformação de conceitos básicos do direito processual civil individual, ou mesmo a criação de conceitos novos (legitimação autônoma para condução do processo, coisa julgada *secundum eventum probationis* etc.), para possibilitar que os direitos e interesses supraindividuais fossem adequadamente tutelados.

Por óbvio, a construção de uma técnica processual nova (processo coletivo) não afeta nem afasta a importância do desenvolvimento da técnica processual individual, a qual também beneficia o processo coletivo no que for compatível com seus fins e propósitos.

DIFERENÇAS ENTRE O PROCESSO INDIVIDUAL E O PROCESSO COLETIVO	
Processo Individual	**Processo Coletivo**
Tratamento atômico do conflito	Tratamento molecular do conflito
Alta possibilidade de decisões contraditórias	Menor possibilidade de decisões contraditórias
Conflitos entre pessoas determinadas	Conflitos entre pessoas indeterminadas (talvez determináveis, algumas vezes só por grupo)
Legitimação ordinária	Legitimação atípica (extraordinária ou autônoma)
Coisa julgada *intra partes*	Possibilidade de coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*
Destinatário da indenização: vítima ou sucessores	Destinatário da indenização: a) se divisível: vítima ou sucessores b) se indivisível: fundo (art. 13 da LACP)
Sem intervenção nas políticas públicas como regra	Com intervenção nas políticas públicas como regra (significado social)
Processo egoístico	Processo altruísta (não é o somatório dos direitos individuais, mas a síntese deles: fim comum)

Capítulo 4

O Desenvolvimento Legal do Processo Coletivo no Brasil

Antes do advento da ação civil pública, já era conhecida no país a vetusta ação popular, atualmente prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, e ainda regulamentada pela Lei n. 4.717/65.

Embora de reconhecida importância, não há como se negar que a ação popular brasileira é incapaz de tutelar adequadamente os direitos e interesses supraindividuais. A uma, pois a lei que a regulamenta só permite a tutela de alguns direitos difusos (patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico cultural), deixando sem proteção uma série de outros direitos desta natureza (segurança pública, saúde etc.), bem como os direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 81, II e III, do Código de Defesa do Consumidor). E, a duas, pois a tutela coletiva dos direitos supraindividuais pelo indivíduo sofre dos deletérios efeitos do efeito carona (*free riding*), de modo que, ao permitir que todos ajam, ninguém acaba agindo, contando que o outro o fará.

Por esta razão, os estudiosos do processo coletivo costumam apontar que foi a partir do advento da ação civil pública que ele teve nascimento no Brasil.

A ação civil pública surgiu no Brasil no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente). Ao tratar dos ilícitos praticados contra o meio ambiente, previa-se que, além da responsabilização penal, o Ministério Público (da União e dos Estados) proporia, contra os causadores do dano, ação de responsabilização civil.

Para regulamentar esta disposição, até então sem antecedente no país, o

legislativo federal, a partir de um anteprojeto de lei elaborado por grandes juristas (Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, Waldemar Mariz de Oliveira Jr.) e fundido com outro, apresentado por membros do Ministério Público do Estado de São Paulo (Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr.), aprovou a Lei n. 7.347/85, a Lei de Ação Civil Pública, até então vigente.

Posteriormente, potencializando o alcance dos dispositivos da Lei de Ação Civil Pública, foram editados dois importantes diplomas. O primeiro deles foi a própria Constituição Federal, que, a partir do seu art. 127, a tratar do Ministério Público, eleva a ação civil pública a *status* constitucional (art. 129 da CF). O segundo diploma foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que no art. 81 e ss. trata, em capítulo separado, das ações coletivas.

Outras leis surgiram após a consolidação daquilo que se costuma chamar de *sistema processual coletivo* (item 9 do Capítulo 7, *infra*), entre elas o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) e o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), todos com disposições concernentes ao processo coletivo.

Houve também retrocessos na legislação processual coletiva brasileira, por meio de inúmeras medidas provisórias, editadas pelo Governo Federal, tendentes a limitar o alcance das ações coletivas contra o Poder Público, algumas delas perenizadas pela Emenda Constitucional n. 32 (MP 2.180-35), outras convertidas em lei (Lei n. 9.494/97).

Na década passada, houve diversas tentativas de se reformar a legislação processual coletiva brasileira, com destaque para 2 (dois) anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos: a) o CBPC da USP-IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, da USP; e b) o CBPC – da UNESA/UERJ, coordenado pelo Desembargador Aluisio Gonçalves Castro Mendes.

Estes dois anteprojetos não vingaram no âmbito legislativo, mas certamente foram fonte inspiradora para a elaboração do PLC 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública), fruto do trabalho de comissão de juristas nomeada pelo Ministério da Justiça e presidida pelo Desembargador Federal Rogério Favreto (então Secretário da Reforma do Judiciário), com a participação, ainda, do advogado Luiz Manoel Gomes Jr. (relator), Ada Pellegrini Grinover (USP), Aluísio Gonçalves Castro Mendes (JF-RJ),

Ricardo Barros Leonel (MP-SP), Gregório Assagra de Almeida (MP-MG), Fernando da Fonseca Gajardoni (JE-SP), entre outros.

O PLC 5.139/2009 consolida na Lei de Ação Civil Pública praticamente todo o trato do processo coletivo brasileiro, constituindo-se em verdadeiro código na esteira dos anteprojetos que o antecederam.

Referido projeto foi apresentado à Câmara dos Deputados em 2009 e, atualmente, aguarda o julgamento da (equivocada) decisão de seu arquivamento pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara.

Capítulo 5

Natureza dos Direitos e Interesses Supraindividuais Tutelados pelo Processo Coletivo

É bastante conhecida a classificação que divide o estudo do Direito em dois ramos: Direito Público e Direito Privado. De maneira bastante objetiva e direta, Direito Público é o ramo da ciência jurídica dedicado ao estudo das relações entre entes estatais, ou entre os entes estatais e os particulares (Direito Internacional Público, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Processual, Direito Penal etc.). Direito Privado, ao seu turno, é o ramo da ciência jurídica dedicado ao estudo das relações entre particulares (Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Internacional Privado etc.).

Esta divisão – cujo valor foi inegável no passado para a própria catalogação dos vários ramos do estudo do Direito – hoje está superada, mostrando-se cada vez mais artificial.

De fato, os influxos do Direito Público sobre o Direito Privado, e vice-versa, não podem ser negados em tempos modernos, de modo que não há mais pureza conceitual nesta classificação. Ninguém desconhece que o Direito Civil e o Direito do Trabalho – as últimas fortalezas do Direito Privado – cada vez mais sofrem influência e intervenção do Estado. Basta ver as limitações estatais à livre negociação trabalhista, bem como os limites impostos pelo Estado às relações de família. Da mesma forma, conceitos típicos de Direito Privado, como o de gestão, autonomia da vontade, transação etc., são incorporados ao Direito Público (contratos administrativos e afins, transação penal etc.).

Se a divisão entre Direito Público e Direito Privado já não mais resiste à simbiose suprarrelatada, seu sepultamento pode ser dignamente decretado a partir da constatação, ocorrida no século passado, da existência dos direitos e interesses supraindividuais (e da técnica processual coletiva correspondente). Afinal, os direitos e interesses supraindividuais se aproximam do Direito Público, em virtude do componente social que lhes é intrínseco. Mas não necessariamente envolvem questões relacionadas ao Direito Público (ação coletiva ajuizada por associação de defesa do consumidor, para discutir reajuste de contrato de compra e venda de bem de consumo durável), neste aspecto, portanto, estando próximos do Direito Privado.

Por isto, importantes autores (Assagra, Mancuso, Mazzilli) têm entendido que, a partir da constatação da existência dos direitos supraindividuais, a *summa divisio* do Direito não deve ser mais entre Direito Público e Direito Privado, mas, sim, entre Direitos Coletivos e Direitos Individuais (estes eventualmente catalogáveis em Direito Público e Privado). Pois os direitos e interesses supraindividuais **não são necessariamente afetos à administração pública, mas, como um todo, têm inegável conotação público-social**.

Quando se pensa nos direitos e interesses supraindividuais conotados como público-sociais, o que se quer sustentar é a existência de interesse público primário nas demandas que busquem sua tutela. O interesse público primário, isto é, o bem geral, não deve ser confundido com o interesse público secundário, o modo pelo qual a Administração interpreta o que é interesse geral. Há, muitas vezes, uma distância quilométrica entre um e outro. E a prova disto é o fato de que a prática tem revelado ser o Poder Público (a administração) o maior demandado em processos coletivos no país.

Pode se concluir, portanto, que o processo coletivo, a técnica processual empregada para a defesa dos direitos e interesses metaindividuais, é um **processo de interesse público**. Esta noção é absolutamente importante, como veremos a seguir, para a constatação da possibilidade (e dos limites) de o Poder Judiciário controlar políticas públicas.

Capítulo 6

Classificação do Processo Coletivo

Classificar nada mais é do que catalogar por semelhanças e diferenças. Por isto, as classificações são absolutamente variáveis conforme as preferências do catalogador.

No âmbito do processo coletivo, as classificações são as mais diversas. Três chamam-nos a atenção pela clareza dos elementos diferenciadores e utilidade prática.

1. Quanto aos sujeitos

Quanto aos sujeitos, as ações coletivas podem ser *ativas* ou *passivas*.

Ações coletivas ativas, praticamente todas, são as demandas ajuizadas em favor da coletividade. Ação civil pública ajuizada pelo MP para tutela do meio ambiente, ação de improbidade administrativa contra o administrador público que enriqueceu ilicitamente, ação coletiva para a tutela dos direitos de determinado grupo de consumidores, todas têm a coletividade como destinatária da tutela pretendida.

Já as *ações coletivas passivas* (*defendant class action*, do direito norte-americano) são as demandas ajuizadas contra a coletividade, isto é, aquelas em que se pede o cumprimento de dada obrigação. Uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público para impedir a continuidade da greve em serviços públicos essenciais (Polícia, Metrô, servidores da Justiça etc.) ou uma ação coletiva para obrigar todo o sistema financeiro (bancos e afins) a não praticar determinada conduta bem representam demandas em que, apesar de também terem como beneficiária a coletividade (portanto, também são ações coletivas ativas), são ajuizadas contra determinado grupo organizado,

contra uma coletividade determinada.

Parte da doutrina nega, peremptoriamente, a existência das ações coletivas passivas. Fazem-*no* sob o sólido fundamento de que, além da falta da previsão legal, não há representantes adequados da coletividade demandada eleitos pelo sistema processual, principalmente quando se tratar de direitos ou interesses individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC).

> Já se decidiu que "a discussão quanto à admissibilidade de processos coletivos passivos, porém, é bastante nova. Nos diversos projetos de Códigos Coletivos existentes, há divergência quanto ao assunto. Como bem observa Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (*Curso de direito processual civil*, v. 4, 4. ed., p. 401), entre os diversos projetos atualmente existentes para a elaboração de um Código para Processos Coletivos, há a previsão irrestrita de ações coletivas passivas no *Código-Modelo para Ibero-América* (arts. 32 e ss.), pelo Código de Processo Civil Coletivo elaborado por Antônio Guidi (art. 28) e pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA (arts. 42 a 44). O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado por Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, prevê esta modalidade de ação apenas para a tutela de direitos difusos ou coletivos, em sentido estrito, excluindo os direitos individuais homogêneos. Trata-se, portanto, de questão que ainda suscitará muito debate, no futuro. No estado atual da legislação quanto a processos coletivos, porém, notadamente considerando-se a regra quanto à coisa julgada formada nas ações em que se discutam direitos individuais homogêneos, não é possível admitir a apresentação, pelo réu, de pedido de declaração incidental" (STJ, Resp 1.051.302/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23-3-2010).

A experiência prática, contudo, tem contrariado tal afirmação, na medida em que os exemplos dantes citados são cotidianos e provam a existência das ações coletivas passivas. Afinal, é o Direito que deve se amoldar à realidade, e não o contrário.

Obviamente, ao admitirmos a existência da ação coletiva passiva na esteira de importante parte da doutrina, surge a dificuldade adicional de se definir quem, então, representaria a coletividade demandada.

E a resposta só pode ser casuística: o caso concreto revelará ao órgão julgador se o grupo demandado tem algum órgão representativo – geralmente, sindicato ou associação de classe – capaz de representar adequadamente a coletividade demandada (controle judicial da representação adequada).

Nos exemplos supra-alinhavados, o sindicato ou a associação dos policiais, dos metroviários, dos servidores da Justiça, bem representaria a coletividade demandada e que pretende fazer a greve; a FEBRABAN (Federação brasileira dos bancos) bem pode representar a coletividade das instituições financeiras cuja conduta é pretendida.

Mas repita-se: só será cabível a ação coletiva passiva se o juiz for capaz, com base em critérios supralegais de aferição (número de filiados, base territorial de representação, idoneidade da entidade etc.), de determinar a capacidade de a entidade demandada agir em nome do grupo ou categoria demandada. Não havendo esta representação adequada, não deverá ser admitida a ação coletiva passiva.

O tema é novo e inspira, de fato, dificuldades. Não se sabe se a sentença proferida na ação coletiva passiva alcançaria, também, eventuais não associados ou sindicalizados; ou se ela é cabível só para a tutela dos direitos difusos e coletivos (art. 81, I e II, do CDC), ou também para a tutela dos interesses individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC). Só o tempo será capaz de responder com segurança a estas indagações.

2. Quanto ao objeto

As ações coletivas, quanto ao objeto, podem ser de natureza *especial* ou *comum*.

Ações coletivas especiais são as relacionadas ao controle abstrato de constitucionalidade. Integram este rol, na forma do art. 103 da CF, a ação declaratória de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade (ADC e ADI), bem como a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Por meio destas ações coletivas – porque, de fato, a sentença nelas proferida atinge praticamente toda a coletividade (eficácia *erga omnes* e vinculante) – há verdadeiro controle abstrato do direito objetivo (direito difuso).

As *ações coletivas comuns*, por outro lado, são todas as demais ações para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que não

se relacionam ao controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos. Por meio delas até se controla o direito coletivo, mas de modo subjetivo, concreto (e não objetivamente, como nas ações coletivas especiais).

Nos termos do art. 83 do CDC, para a defesa dos direitos e interesses supraindividuais, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Mas os principais representantes das ações coletivas comuns são mesmo a ação civil pública, a ação coletiva (para aqueles que acreditam na sua existência), a ação popular, a ação civil de improbidade administrativa, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção coletivo.

Há verdadeira celeuma doutrinária a respeito da autonomia catalogatória das ações coletivas em relação às ações civis públicas. As primeiras, de acordo com vários autores, seriam as previstas no CDC para a defesa dos direitos individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC), conforme nomenclatura inaugurada a partir do art. 91 do citado estatuto. Já para a tutela dos direitos difusos e coletivos (art. 81, I e II, do CDC), restaria a ação civil pública. Não compactuamos deste entendimento, por crermos que não há diferenças suficientes entre ações coletivas (individuais homogêneos) e ação civil pública (difusos e coletivos) a justificar a diferenciação. Ambas submetem-se ao mesmo procedimento, têm os mesmos legitimados ativos e regras de competência, enfim, seguem o mesmo regime jurídico processual. A mera diferenciação do objeto parece-nos não ser suficiente a justificar o tratamento em separado, até por conta do já citado *sistema processual coletivo*. Entendemos que ação coletiva é gênero, no qual se filiam as ações coletivas comuns (ACP, Popular, MSC etc.) e especiais (ADI, ADC, ADPF). N*o* PLC 5.139/2009 – corretamente – se propõe o tratamento aglutinado do tema em torno do termo ACP, acabando-se com esta diferenciação feita por parte da doutrina.

Por outro lado, entendemos que a ação civil de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92) não é uma ação civil pública (embora o STJ tenha entendimento no sentido de que se trate de espécie de ACP). A legitimidade ativa, o objeto, o regime da coisa julgada e o próprio procedimento processual das duas ações são absolutamente distintos, não justificando, portanto, o tratamento conjunto ou mesmo a utilização da

mesma nomenclatura para designar fenômenos tão distintos. Talvez a maior prova de que são espécies diferentes de ações esteja no fato de ser pacífico o entendimento de que pode haver, concomitantemente, em relação ao mesmo evento, o curso de uma ação civil pública (reparação do dano) e de uma ação civil de improbidade administrativa (reparação do dano e aplicação das sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/92).

3. Ações pseudocoletivas (ou pseudoindividuais)

Algumas ações que não têm natureza propriamente coletiva acabam fazendo as vezes dela, motivo pelo qual são nominadas por alguns como *ações pseudocoletivas*.

Uma delas é a execução coletiva da pretensão individual (item 3.2.2 do Capítulo 12), com previsão no art. 98 do CDC. Aqui, a execução, embora ajuizada por um dos entes legitimados do art. 82 do CDC e do art. 5º da LACP, dá-se em favor dos direitos individuais, e não dos interesses da coletividade. Trata-se de típica hipótese de representação processual.

Também integram este grupo as ações tutelares de pretensões individuais – especialmente as que tutelam interesses sociais indivisíveis –, cuja satisfação acaba, indiretamente, por tutelar toda a coletividade.

É o que ocorre, por exemplo, em uma ação individual, de obrigação de fazer, ajuizada por determinado doente, para que dado medicamento seja incluído entre aqueles fornecidos pela rede pública de saúde: uma vez julgado procedente o pedido, todos os demais portadores da mesma doença serão beneficiados. Ou na hipótese de ação individual de cadeirante para que o Poder Público adquira veículos adaptados para esta situação: alcançado o resultado, que, em um primeiro momento, era individual, outros cadeirantes serão igualmente beneficiados. Em ambos os exemplos, pode se considerar que a coisa julgada individual só beneficiaria o autor. Mas, em virtude da natureza do direito tutelado (social e indivisível), acaba havendo uma expansão dos efeitos da decisão. Alguns autores nomeiam este fenômeno como o da "*eficácia expandida dos direitos sociais*", e admitem, inclusive, o transporte *in utilibus* destas decisões por terceiros prejudicados pelo mesmo evento (embora se trate de posição sem respaldo algum na jurisprudência).

Ao menos quanto a este último grupo de *ações pseudocoletivas*, convém destacar a inadequação da via individual para a tutela destes direitos sociais indivisíveis. O ajuizamento de ações desta natureza pode representar prejuízos à tutela do direito como um todo, pois: a) conduz à apreciação judicial incompleta do problema, que será visualizado à exclusiva luz do problema do autor; b) cria assimetria, vez que, conforme entendimento dominante, a decisão, ao menos em tese, só beneficiaria o autor da ação individual (coisa julgada *intra partes*), e não terceiros; e c) desorganiza políticas públicas, pois o emprego de verbas de tal natureza pode comprometer a aplicação global do orçamento em favor de toda a coletividade. Por isto, a tutela coletiva é melhor, pois considera todas estas questões e dá uma solução genérica e igualitária a todo o problema.

Capítulo 7

Principais Princípios do Direito Processual Coletivo (Comum)

Falar de princípios (ou normas-princípio) é falar em normas que servem de base, de estrutura de todo o sistema processual.

Os princípios servem como duplo vetor: legislativo e interpretativo. São vetores legislativos na medida em que ao legislador cabe construir regras ou normas-regra (regras de conduta) de acordo com os princípios previamente estabelecidos. São vetores interpretativos na medida em que os operadores jurídicos têm a obrigação de interpretar as normas-regra existentes de modo a potencializar o alcance dos princípios (ou normas-princípio).

Há princípios constitucionais e infraconstitucionais; os primeiros, obviamente, de maior hierarquia. Há princípios expressos e outros decorrentes do próprio sistema, ambos de igual importância.

Costuma-se dizer que um ramo do Direito alcança autonomia científica quando encontra um conjunto de princípios capaz de diversificá-lo de outros ramos do conhecimento jurídico. Cremos que o processo coletivo já alcançou este grau de autonomia científica – libertando-se das amarras do processo civil individual –, embora tal afirmação ainda seja negada por importantes autores (Ada Pellegrini Grinover).

De todo modo, todos estão de acordo que o processo coletivo – além de também obedecer aos princípios constitucionais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, juiz natural, igualdade etc.) e infraconstitucionais (demanda, inércia, identidade física do juiz, concentração etc.) do processo – tem normas próprias a seguir, normas estas que, em virtude da importância, são erigidas a verdadeiros princípios do

processo coletivo brasileiro.

> O art. 3º do Projeto de Lei 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública) prevê: "O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios: I – amplo acesso à justiça e participação social; II – duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; III – isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; IV – tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, 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 interessem à comunidade; VII – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; VIII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e IX – preferência da execução coletiva".

1. Princípio da indisponibilidade mitigada da ação coletiva

O princípio da indisponibilidade mitigada da ação coletiva *tem previsão expressa* no sistema processual coletivo: art. 9º da Lei n. 4.717/65 e art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85. De acordo com estes dispositivos, caso o polo ativo (associação autora ou cidadão) abandone (deixe de dar andamento) ou desista da ação coletiva sem motivo justo, qualquer outro legitimado coletivo (art. 5º da Lei n. 7.347/85 ou cidadão) poderá, e o Ministério Público deverá, dar seguimento à ação, assumindo a titularidade ativa da demanda.

As razões justificadoras da existência deste princípio são evidentes: tanto quanto nas ações penais públicas incondicionadas (em que o *jus puniendi* é do Estado, não do membro do MP), os direitos ou interesses transindividuais em jogo não são titularizados pelo legitimado ativo, mas, sim, pela coletividade (determinada ou indeterminada, a depender do caso). Portanto, não faria sentido que se permitisse a desistência imotivada realizada por

aquele que não é o titular do direito material.

Consequentemente, ocorrendo a hipótese de desistência ou abandono imotivados, não se operará a extinção do processo, sem julgamento do mérito, como é a regra do processo individual (art. 267, VIII, do CPC), mas, sim, a sucessão processual, com a exclusão do abandonante/desistente, e o ingresso de um novo legitimado ativo.

Só haverá extinção do processo coletivo quando o abandono ou a desistência for fundada, caso em que o juiz poderá, após ser feito juízo sobre a idoneidade da motivação, extinguir o processo sem resolução do mérito. Geralmente, estas desistências fundadas ocorrem nas hipóteses de cumprimento da obrigação pelo demandado, de modo que, a rigor, seriam muito mais casos de falta de interesse/necessidade superveniente do que propriamente de desistência (desiste-se de uma ACP ambiental porque a empresa poluidora deixou de despejar detritos industriais no rio).

A integração dos demais legitimados ao polo ativo da ação nos casos de desistência ou abandono infundados, geralmente, dá-se por meio da intimação dos interessados por edital. Mas nada impede que o magistrado, vislumbrando os interesses em jogo e a representação adequada deles, intime pessoalmente determinado cidadão (ação popular), a associação, entidade ou mesmo ente público (ação civil pública) para, querendo, assumir a titularidade ativa da demanda.

Decorrido o prazo de 90 (noventa) dias (art. 9º da Lei n. 4.717/65) sem que ninguém se habilite a assumir a titularidade ativa da demanda, os autos irão com vistas ao representante local do Ministério Público (art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/85), o qual, julgando imotivada a desistência/abandono da ação coletiva, deverá assumi-la (inclusive na ação popular, pese o MP não ser legitimado a dar início a ela). Este juízo de conveniência do representante do Ministério Público passa pelo controle do julgador, que: a) entendendo desnecessário o prosseguimento da ação coletiva, deve extingui-la sem resolução do mérito (art. 267, VIII, do CPC), ato este sujeito a recurso de apelação pelo MP; b) julgando inidôneos os motivos aventados pelo representante do MP para não assumir a titularidade ativa da ação, deverá determinar – à míngua de previsão legal de melhor qualidade – o encaminhamento dos autos ao Procurador Geral (de Justiça ou da República), o qual dará a última palavra na forma do art. 28 do Código de Processo Penal (por analogia).

Alguns autores sustentam que, como os dispositivos que disciplinam o princípio da indisponibilidade mitigada da ação coletiva só falam em desistência ou abandono imotivados pelo cidadão ou associação, não poderia o MP, quando autor da ação coletiva, desistir dela. Para eles, o MP deveria prosseguir na demanda e, ao final, requerer a sua improcedência (mérito).

Pensa-se que esta não é a melhor interpretação do sistema. Não faz sentido, nem pela lógica, nem pela economia processual, dar seguimento a uma demanda desnecessária só porque o MP é seu autor. Além disso, a desistência e o abandono levam à extinção do processo sem apreciação do mérito, de modo que fica aberta a possibilidade de repropositura caso a ofensa ao direito transindividual torne a ocorrer após o encerramento da demanda.

2. Princípio da indisponibilidade da execução coletiva

Também se trata de *princípio expresso* no sistema processual coletivo (art. 15 da Lei n. 7.347/85 e art. 16 da Lei n. 4.717/65). De acordo com ele, decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância (na ação popular), ou do trânsito em julgado da sentença condenatória (na ação civil pública), sem que o autor promova a respectiva execução coletiva, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes (sob pena de falta grave), facultada igual iniciativa aos demais legitimados ativos para ação coletiva (art. 5º da LACP ou cidadão).

O móvel que sustenta a disposição é claro: autorizando-se os colegitimados (poder) e o Ministério Público (dever) a promover a execução coletiva da sentença, evita-se que o autor deixe de fazê-lo, seja por motivos pessoais, seja por pressões externas. Com isto, na execução da sentença coletiva, não é possível que o polo passivo, não tendo cumprido espontaneamente a obrigação, deixe de ser compelido a fazê-lo por inércia do exequente.

Diversamente do princípio anterior, aqui não há mitigação da norma a autorizar que, motivadamente, deixe-se de executar a sentença proferida nos casos de não cumprimento. Portanto, o inadimplemento da sentença coletiva necessariamente levará à execução forçada.

Caso o MP se recuse, na inércia do autor, a executar a sentença coletiva da ação civil pública ou popular, valem as mesmas considerações dantes aduzidas quanto ao art. 28 do CPP (remessa do caso pelo juiz ao Procurador

Geral para manifestação).

Vale destacar, por fim, que, no tocante à execução individual das sentenças coletivas tutelares dos direitos individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC), há regramento próprio no sistema (art. 100 do CDC). Caso não se habilitem vítimas ou sucessores em número suficiente em vista da gravidade e extensão do dano, o Ministério Público só promoverá a execução residual (*fluid recovery*) após 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença condenatória (e não em 30 dias, como consta do art. 15 da Lei n. 7.347/85 e do art. 16 da Lei n. 4.717/65).

3. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito

Trata-se de *princípio implícito* do sistema processual coletivo (que em nosso sentir deveria ser aplicável inclusive ao processo individual). Por ele, apregoa-se que, diante do interesse público primário que norteia o processo coletivo e do número de pessoas que poderão ser beneficiadas pela demanda, é necessário que as decisões nele proferidas efetivamente apreciem o conteúdo do conflito, evitando-se, ao máximo, a prolação de sentenças terminativas (sem apreciação do mérito).

Para o atendimento a este princípio, é fundamental que a técnica processual coletiva permita a flexibilização dos requisitos de admissibilidade da ação e do processo (pressupostos processuais e condições da ação). Assim, o que levaria à extinção sem mérito do processo individual não necessariamente terá o mesmo efeito no processo coletivo.

Exemplificativamente, a falta de capacidade do autor da ação coletiva, seja por não estar no rol do art. 5º da Lei n. 7.347/85, seja porque, mesmo estando no rol, não representa adequadamente o interesse ou direito em debate (*v.g.*, o MP na defesa de direitos individuais patrimoniais, disponíveis e sem relevância social), não deverá levar à extinção do processo, mas, sim, à convocação pelo juiz (edital ou carta) de outros legitimados ativos (inclusive com representação adequada) para assunção do polo ativo da ação, permitindo-se, com isto, um pronunciamento de mérito sobre o pedido.

> Emblemático, neste sentido, o art. 9º do PLC 5.139/2009: “Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do

vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz".

4. Princípio da prioridade na tramitação

Este princípio *não tem previsão legal*, mas a lógica do sistema indica a sua existência.

Pois não resta dúvida de que, em vista do enorme número de possíveis beneficiados pela eventual sentença de procedência da ação coletiva – especialmente no âmbito dos direitos individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC) –, é recomendável o processamento prioritário das ações coletivas, até para desencorajar o ajuizamento concomitante de ações individuais (arts. 103, § 3º, e 104 do CDC).

Obviamente, a prioridade implícita para o processamento da ação coletiva não prejudica as preferências legais de julgamento, especialmente as relacionadas à vida e à liberdade das pessoas (HC e MS). Mas, em relação a outras demandas de cunho patrimonial, preferimos o julgamento prioritário das ações coletivas, ainda que não haja expressa previsão legal (que virá no art. 3º do PL 5.139/2009).

5. Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva

Este princípio – que é expresso no sistema processual brasileiro (art. 103, §§ 3º e 4º, do CDC) – representa o céu e, ao mesmo tempo, o inferno, do processo coletivo brasileiro.

Por meio dele se considera que os efeitos da sentença proferida no processo coletivo só podem beneficiar as vítimas e sucessores, nunca prejudicá-los.

Consequentemente, será possível o aproveitamento da coisa julgada coletiva benéfica para as pretensões individuais, que poderão ser liquidadas e executadas com base na sentença coletiva (transporte *in utilibus* da coisa

julgada coletiva). Mas, caso eventualmente a sentença coletiva seja de improcedência, isto é, prejudicial aos interesses das vítimas e sucessores, eles não ficam prejudicados por ela, podendo não só ajuizar ações individuais de objeto correspondente, como requerer o prosseguimento das demandas individuais que, suspensas, aguardavam o julgamento da ação coletiva (art. 104 do CDC).

Assim, acolhida uma demanda coletiva para condenar uma empresa poluidora a reparar os danos ao meio ambiente (direito difuso), ou uma instituição financeira a reparar o dano causado a determinada coletividade de poupadores (direito coletivo ou individual homogêneo), as vítimas e sucessores poderão liquidar e executar a sentença coletiva em favor de suas pretensões individuais. Mas, caso o pedido da ação coletiva seja desacolhido, nada impede, dentro do prazo prescricional e excetuada a hipótese do art. 94 do CDC (da qual falaremos adiante), o ajuizamento de demanda individual pelas vítimas e sucessores, por óbvio, com o pedido de reparação individual do dano (não coletivo/genérico).

A razão de ser deste princípio absolutamente benéfico aos prejudicados pela ofensa aos interesses ou direitos supraindividuais – que vale não só para os interesses individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC), mas também para as sentenças proferidas em processos para a tutela dos interesses difusos e coletivos *stricto sensu* (art. 81, I e II, do CPC) – é evidente. Como o padrão de legitimação para as ações coletivas no Brasil é *ope legis* (art. 5º da Lei n. 7.347/85 e art. 82 do CDC) – isto é, foi o legislador quem escolheu aqueles que podem demandar coletivamente (e não os interessados) –, não seria equânime vincular as vítimas e sucessores ao insucesso da demanda ajuizada pelos legitimados, isto é, terceiros a quem os titulares do direito material não conferiram poderes de representação.

Para evitar isto e, também, para não permitir comportamento doloso de determinado legitimado coletivo (art. 5º da Lei n. 7.347/85 e art. 82 do CDC) em prejuízo das vítimas e sucessores (*v.g.*, uma associação de fachada sendo vencida em uma ação coletiva para prejudicar todos os interessados), o sistema, em regra, só permite o benefício individual com a ação coletiva ajuizada pelo legitimado eleito pela lei, nunca o prejuízo.

Apesar da benevolência sistêmica com as vítimas e sucessores – que, portanto, não são prejudicados pela ação coletiva –, fato é que este princípio é um dos principais responsáveis pelo assoberbamento do Poder Judiciário brasileiro. Na medida em que o legislador permite o prosseguimento ou o

ajuizamento de ação individual correspondente, mesmo após o Poder Judiciário ter se pronunciado negativamente em uma ação coletiva – muitas vezes, inclusive, julgadas em grau recursal por Tribunais Superiores (STF e STJ) –, milhares de ações semelhantes são reproduzidas no Judiciário brasileiro, causando prejuízos evidentes à causa da celeridade e da Justiça.

> Basta ver, neste sentido, o recente caso das assinaturas mensais de telefonia. Mesmo após o julgamento de várias ações coletivas a pronunciar a legitimidade da cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa (Súmula 356 do STJ), outras milhares de ações individuais ainda foram ajuizadas, todas objetivando reconhecer a ilegalidade da cobrança, já admitida como legítima na ação coletiva (inclusive por Tribunal Superior).

Relevante destacar, ainda, que este princípio – importante, não se nega, para fins de proteção das vítimas e sucessores, bem como da própria probidade do processo coletivo – acaba por alcançar efeito deletério ao próprio processo coletivo. Na medida em que as vítimas e sucessores, em regra, não são prejudicados pela coisa julgada coletiva, eles, e os próprios legitimados ativos, nem sempre valorizam o processo coletivo como deveriam. Afinal, para que colaborar com o julgamento da ação coletiva, ou mesmo se empenhar para um pronunciamento positivo, se disto não decorrerá prejuízo algum às vítimas e sucessores?

> Solução inventiva, parcialmente próxima da adotada no sistema norte-americano, e com o objetivo de conciliar a proteção às vítimas e sucessores e a condição de trabalho do Poder Judiciário, é a proposta no art. 34 do PL 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública). De acordo com o dispositivo:
> "Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela. § 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente

ajuizados. § 2º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no *caput* e no § 6º do art. 37. § 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º. § 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação."

Oportunamente, ao tratar da coisa julgada nas ações coletivas, tornaremos ao tema, especialmente para apontar importante precedente do STJ que, embora não solucione a questão da multiplicidade de demandas repetidas após o julgamento de improcedência da ação coletiva, pelo menos vem evitando o curso concomitante de ambas (individuais e coletivas) (STJ, Resp 1.110.549/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28-10-2009).

6. Princípio da máxima efetividade do processo coletivo ou do ativismo judicial

Este princípio – *implícito no sistema processual* e inspirado na *defining function* do direito norte-americano – certamente é o que causa a maior polêmica entre os estudiosos do processo coletivo.

Isto porque, de acordo com ele, os poderes do juiz seriam amplificados nas demandas para a tutela dos interesses supraindividuais, algo que ocorreria em virtude da existência do interesse público primário no âmbito do processo coletivo (Capítulo 5, *supra*). Assim, como os interesses em jogo no processo coletivo são maiores do que os em jogo no processo individual (e também as consequências da decisão), o juiz teria poder de suprir eventuais iniquidades legais ou das partes (autor e réu) em favor de um julgamento mais aderente à realidade.

São vários os exemplos práticos da incidência do presente princípio. Contentemo-nos com alguns.

6.1 O controle pelo Judiciário das políticas públicas

O mais importante deles, sem dúvida, é a possibilidade de no processo

coletivo o Judiciário controlar, **em caráter absolutamente excepcional**, dentro de certos limites e observadas algumas condições, as políticas públicas.

De fato, a Constituição Federal é abundante em disposições garantidoras de direitos. Não se trata de um livro de promessas ou de um conjunto de intenções constitucionais, mas, sim, de disposições assecuratórias, de caráter vinculante, a toda a Administração Pública.

Assim, não pode o administrador, por razões de conveniência ou oportunidade, ou mesmo pela falta de recursos, deixar de atender a um comando constitucional. Quando o art. 208, IV, da CF estabelece que é dever do Estado (na verdade, do Município – art. 211, § 2º, da CF) garantir educação infantil, em creche, às crianças de até 5 (cinco) anos; ou quando o art. 196 da CF garante a todos (ricos, pobres, brancos, negros, mulatos, homens, mulheres etc.) ações e serviços estatais para promoção, proteção e recuperação da saúde; o administrador não tem a faculdade de deixar de atender ao comando, devendo implementá-lo.

Por esta razão, a jurisprudência pátria é clara no sentido de que o Poder Judiciário pode ordenar à administração pública, inclusive com a realocação de verbas públicas, que implemente uma política pública de educação, saúde, segurança etc., dando efetividade, assim, a direitos fundamentais.

> Neste sentido, já se decidiu que: "A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas,

> revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (...) O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional – transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional" (STJ, Resp 577.836/SC, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 21-10-2004).

A decisão proferida nestes termos não violaria o princípio da tripartição dos poderes (art. 2º da CF), tampouco padeceria de legitimidade pelo fato de os juízes não serem eleitos pelo povo (de quem emana todo o poder, conforme art. 3º, parágrafo único, da CF).

Primeiro, porque o Judiciário nada mais faz do que ordenar ao administrador público que cumpra a Constituição Federal, de modo que não está administrando (como aduzem), mas simplesmente determinando o cumprimento de uma disposição superior vinculante. Ademais, o art. 3º da CF, ao estabelecer os objetivos da República, deixa claro que o Brasil é mais do que um Estado Social: é um Estado transformador, que deve agir sobre a realidade social para transformá-la. Se a administração pública não promove as ações necessárias para tanto, é papel do Judiciário compeli-la a assim proceder, até para resguardar a Carta constitucional.

E, segundo, pois a legitimação das decisões do Poder Judiciário não é popular, mas, sim, constitucional. Embora não eleitos pelo povo, os juízes têm atribuições constitucionais, concedidas pelos próprios representantes do povo (poder constituinte originário), para, mediante um processo em contraditório e com decisões idoneamente fundamentadas, garantir o cumprimento da Constituição Federal.

> Diuturnamente, o Judiciário vem implementando políticas públicas em *processos individuais*, por exemplo, deferindo medicamentos de alto

> custo àqueles que não têm condições de adquiri-los, mesmo que isto, muitas vezes, venha a prejudicar a aquisição global de outros medicamentos (com a realocação de verbas em favor de um, em detrimento de muitos). Esta não é, contudo, a via adequada para solucionar o problema da saúde pública, que precisa de ações globais e genéricas, que possam tutelar o maior número de necessitados possível. Por isto, parece que o processo coletivo é a via mais adequada para tais discussões, vez que respeita aos postulados de generalização e igualdade, eventualmente valendo a decisão nele proferida para todos aqueles que dependem da atuação incisiva do Poder Judiciário.

Vale destacar que, em tema de direitos fundamentais – principal objeto das ações coletivas tendentes a obter do Judiciário uma intervenção no controle das políticas públicas –, vige o *princípio da vedação do retrocesso* (corolário dos princípios do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana). Por meio dele, não se admite que haja diminuição do espectro de proteção dos direitos fundamentais, seja ele de natureza legislativa ou administrativa. Somente seria lícito ao Estado ampliar a proteção aos direitos fundamentais (nunca reduzi-la).

A partir deste ideário, reconhece-se a possibilidade de o Judiciário, quando instado, limitar a atividade administrativa ou legislativa (inclusive do poder constituinte derivado) que objetive reduzir a proteção aos direitos fundamentais. A atuação do Judiciário nesta seara se daria tanto para vedar o excesso de intervenção estatal limitativo dos direitos fundamentais (*v.g.*, para reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei que estabelecesse incalculáveis critérios para que a parte exercitasse dado direito) quanto para buscar que o Estado rompa a inércia e atue pró-ativamente na tutela dos direitos fundamentais (*v.g.*, construindo um hospital, um abrigo etc.).

Obviamente, não se desconhecem as graves limitações orçamentárias da administração pública, que muitas vezes deixa de implementar uma política pública não por falta de vontade, mas, sim, por falta de recursos. Este é o fundamento da nominada *teoria da reserva do possível*, por meio da qual se sustenta que o Poder Judiciário não pode ordenar a implementação de uma política pública quando não haja recursos públicos para tanto. A jurisprudência superior, entretanto, tem constantemente indicado que não é aplicável referida teoria em face das garantias constitucionais, de modo que,

se o Poder Público não puder implementar a política pública como um todo, deve, ao menos, encontrar solução orçamentária para preservar o *núcleo mínimo existencial do direito fundamental*. Assim, se não é possível construir um abrigo ou uma creche para abrigar um grupo de crianças, que ao menos se encontre, por convênio ou outro instrumento afim, vaga em cidade vizinha que possa receber os menores; se não se pode aumentar o efetivo da polícia em determinada cidade, que se faça uma escala com policiais de outras cidades para que haja serviços de segurança pública 24 horas por dia.

> "A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras 'escolhas trágicas', em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o

direito à segurança" (STF, AR no RE 639.337/SP, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-8-2011).

A grande dificuldade na questão da implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário está na execução da medida: como fazer com que o administrador público realoque verba para dar cumprimento à decisão judicial?

Sem dúvida, a multa (*astreinte*) é o mecanismo mais utilizado (art. 84 do CDC c.c. art. 461 do CPC). Outros mecanismos, entretanto, devem ser empregados com fundamento no art. 461, § 5º, do CPC, até porque não interessa a execução da multa, mas, sim, o cumprimento da obrigação *in natura* (construção do abrigo, concessão do tratamento médico, aumento do efetivo policial etc.).

Várias medidas têm sido apontadas pela doutrina – não pela jurisprudência, ainda absolutamente receosa em obrigar a administração pública a efetivamente cumprir os comandos judiciais – para a efetivação de políticas públicas.

A primeira delas seria a responsabilização direta do administrador público pelo pagamento da multa coercitiva (*astreinte*), ou mesmo a responsabilização por improbidade administrativa (art. 11 da Lei n. 8.429/92). Tal medida, caso aceita, por evidente, só teria cabimento nas hipóteses em que o administrador, tendo condições e poderes para implementar a política pública ordenada, não o faça voluntariamente.

A segunda medida – diretamente inspirada no direito italiano – seria a nomeação de um administrador público provisório (funcionário público ou não), apenas, para implementação da política pública. Neste caso, ordenado à administração uma conduta a bem dos direitos fundamentais, e não tendo sido ela cumprida no prazo e nas condições estabelecidas, o juiz nomearia este administrador provisório para, assumindo o controle da administração, realocar verbas e executar a política pública ordenada. Concluída a execução da política, o administrador titular reassumiria seu posto.

Há, ainda, uma terceira medida executiva relacionada à efetivação judicial das políticas públicas: o controle do orçamento. De fato, e até para afastar a tese da reserva do possível, pode o Judiciário, excepcionalmente, intervir no orçamento público a bem da tutela dos direitos fundamentais.

O controle orçamentário poderá ser preventivo ou concomitante. Será

preventivo quando o Judiciário atuar diretamente no plano plurianual (art. 165, § 1º, da CF) ou fizer vinculação de verba programada para o orçamento do exercício seguinte (art. 165, § 5º, da CF), ordenando, portanto, que se reservem valores futuros para a implementação da política pública. O controle concomitante – empregado nas hipóteses de absoluta urgência – se dá por desvio de despesa, isto é, por meio da realocação de recursos do próprio orçamento vigente, retirando-se verba destinada à execução de obra ou serviço de menor importância (*v.g.*, construção de praças, recapeamento asfáltico etc.) em favor da tutela do direito fundamental.

6.2 Flexibilização procedimental

Quanto ao procedimento, conhecem-se dois modelos: a) sistema da legalidade das formas (no qual todas as etapas do procedimento são fixadas em lei); e b) sistema da liberdade das formas (em que compete ao juiz e/ou às partes determinar o curso do procedimento). Nosso sistema se filiou quase que integralmente ao primeiro modelo, sendo vedado ao juiz ou às partes, a não ser que haja permissivo legal, variar o procedimento (elegendo, alterando, adequando ou mesclando-o).

No processo coletivo, entretanto, em virtude do interesse público primário em jogo, parte da doutrina admite que, em caráter excepcional, e observadas certas condições, possam as regras de forma ser moldadas judicialmente, isto quando sua utilização torne estéril ou dissipe os fins do processo coletivo.

Por exemplo, parece-nos não haver impedimento para que o juiz, observando a disparidade de armas entre as partes do processo coletivo, possa intervir nos prazos, ampliando-os para potencializar o princípio constitucional do contraditório. É o típico caso da ação civil pública ajuizada pelo MP, que durante anos investiga os fatos por meio de Inquérito Civil e, após amealhar milhares de documentos, ajuíza a ação, para que o réu, citado, conteste-a em 15 dias. Quer nos parecer possível ao juiz – ainda que à míngua de previsão legal específica – conceder o prazo de 60 ou 90 dias para que o requerido conteste a ação coletiva diante da complexidade das acusações que lhe são dirigidas.

O mesmo se diga da possibilidade de o magistrado, verificando a inexistência de dolo na conduta do agente público ou mesmo a prescrição das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 (art. 23 da Lei n. 8.429/92), determinar o processamento de ação civil de improbidade administrativa

como ação civil pública de reparação de danos. Pois, se as sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/92 só são incidentes nos casos de dolo (arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/92) ou culpa grave (art. 10 da Lei n. 8.429/92), a reparação do dano independe disto e, ademais, é imprescritível, conforme afirmam doutrina e jurisprudência dominantes (art. 37, § 5º, da CF).

Há autores, inclusive, a sustentar que, em virtude da flexibilização do procedimento processual no âmbito das ações coletivas – e com nítido escopo de evitar o perdimento de todos os atos processuais e provas já colhidas –, seria possível ao juiz, em contrariedade ao disposto no art. 264 do CPC, permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir mesmo após o saneamento do processo e independentemente de concordância da parte (possibilidade esta que consta expressamente do art. 16 do PL 5.139/2009). Para esta operação, seria necessário, apenas, que o magistrado preservasse o contraditório da parte demandada, a quem seria oportunizada manifestação sobre os novos fatos e pedidos, bem como ampla possibilidade de produzir provas, e que o requerente da alteração estivesse de boa-fé (*i.e.*, não quisessem provocar tumulto processual com a mudança dos elementos da ação *a posteriori*).

O risco sempre apontado pela adoção do padrão da flexibilização do procedimento processual é o de a decisão gerar insegurança no sistema, fazendo com que se perca a previsibilidade das ações processuais.

A segurança e a previsibilidade do sistema, contudo, são garantidas pelo conhecimento prévio das regras do jogo, e não pela rigidez do procedimento. Assim, se as partes forem alertadas da implementação da variante com antecedência (ampliação do prazo, conversão da ação de improbidade em ACP, alteração da causa de pedir etc.), ainda que por decisão judicial flexibilizadora, ficam preservadas tanto a segurança quanto a previsibilidade, afastando, assim, o receio dos refratários à ideia.

Por óbvio, não havendo uma particularidade na causa (objetiva ou subjetiva) que justifique a variação ritual, o procedimento da ação coletiva será mesmo o previamente desenhado pela lei. A flexibilização do procedimento processual coletivo, assim, é medida da mais absoluta exceção.

> São requisitos para que se opere a flexibilização judicial do procedimento processual coletivo: a) a finalidade (proteção ao direito material, à parte hipossuficiente ou à própria utilidade do procedimento); b) o

contraditório prévio (desde que útil); e c) motivação idônea. Fora destas circunstâncias, o procedimento segue o regime legal padrão.

E nem se alegue que a flexibilização do procedimento processual coletivo é incompatível com o fator legitimante do procedimento. Pelo contrário, até aumenta o poder de conformação das partes com a decisão proferida, eis que, além de elas participarem da formação da decisão via contraditório, também participam da formação dos meios que levam à decisão (do procedimento).

O PL 5.139/2009 pretende tornar o que hoje é interpretativo em regra expressa. Conforme o art. 10, § 1º, do referido projeto de lei: "Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa".

6.3 Comunicação para ajuizamento de ação coletiva

Também dentro deste ideário da máxima efetividade do processo coletivo ou do ativismo judicial, interessante notar que o art. 7º da Lei de Ação Civil Pública tem regra pouco divulgada, a determinar que se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

O Poder Judiciário, assim, sem deixar de respeitar o padrão da inércia (art. 2º do CPC), colabora ativamente para que demandas com potencial de serem coletivizadas – especialmente as de natureza repetida (direitos individuais homogêneos) – possam receber este tratamento, comunicando o órgão competente para o ajuizamento.

Evidentemente, embora a lei faça referência à comunicação ao MP, o Judiciário pode encaminhar as peças para quaisquer dos legitimados coletivos do art. 5º e da Lei n. 7.347/85 (Defensoria Pública, Administração Direta, Associações). Elegerá o representado à luz da natureza dos fatos que lhe foram revelados e da afinidade institucional ou temática do órgão com eles.

Nada impede, assim, que, diante de inúmeras demandas repetidas ajuizadas por pensionistas do INSS (*v.g.*, a bem de um reajuste), possa o Poder Judiciário encaminhar peças dos casos para a Defensoria Pública da União (e não para o MPF), tudo em vista da maior afinidade do direito em debate (titularizados por hipossuficientes econômicos) com a finalidade institucional do órgão representado (art. 134 da CF).

7. Princípio da máxima amplitude ou da atipicidade ou não taxatividade do processo coletivo

Trata-se de *princípio expresso* no sistema processual coletivo brasileiro (art. 83 do CDC, art. 212 do ECA e art. 82 do Estatuto do Idoso). De acordo com ele, para a defesa dos direitos e interesses supraindividuais protegidos pelo sistema (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Em outros termos, não se nega que os principais representantes das ações coletivas comuns são mesmo a ação civil pública, a ação coletiva (para aqueles que acreditam na sua existência), a ação popular, a ação civil de improbidade administrativa, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção coletivo. Mas nada impede que qualquer ação seja coletivizada a bem da tutela dos direitos e interesses supraindividuais.

Poder-se-ia pensar, assim, em uma ação possessória coletiva ajuizada pela Defensoria Pública do Estado, a fim de preservar o direito de permanência de hipossuficientes que ocuparam grande área privada; ou em uma ação monitória coletiva ajuizada pelo Ministério Público Estadual, a fim de compelir aquele que causou prejuízo ao erário a cumprir a promessa de reparação do dano constante de documento escrito sem eficácia de título executivo (art. 1.102-A do CPC).

Sem ir muito longe, tem-se como radiante exemplo de atipicidade das ações coletivas a ação de usucapião especial coletiva, prevista nos arts. 10 e 12, III, do Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/2001). As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os

terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe (salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas). O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. A associação de moradores da comunidade, regularmente constituída (com personalidade jurídica), desde que explicitamente autorizada pelos representados, pode ajuizar, na qualidade de substituta processual, a referida ação de usucapião especial coletiva.

8. Princípio da ampla divulgação da demanda

Este *princípio explícito* no direito pátrio, com raízes na *fair notice* do direito norte-americano, determina que se dê a maior publicidade possível ao ajuizamento da ação coletiva.

Dispõe o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor que, proposta a ação coletiva, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Por óbvio, este dispositivo só se aplica às ações civis públicas para a tutela dos interesses individuais homogêneos (ações coletivas), vez que somente nestas demandas poderiam os titulares do direito ingressar como litisconsortes. Afinal, se podem propor ação individual, não se vê como negar-lhes legitimidade para assistir o legitimado coletivo em ações desta natureza.

Várias críticas podem ser dirigidas a este dispositivo.

A primeira, no sentido de que a regra deveria ser estendida, também, para impor a ampla divulgação do ajuizamento às ações coletivas de todas as

espécies (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo etc.), sejam elas para a defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Pois, se é possível ao interessado, por força do que consta dos arts. 103 e 104 do CDC, beneficiar-se da procedência da ação coletiva para a tutela de qualquer interesse metaindividual (transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva), não se vê sentido em que lhe seja tolhida a oportunidade de, ainda que em tese e sem a possibilidade de ingressar como litisconsorte do autor coletivo, ter conhecimento da ação coletiva ajuizada.

A segunda crítica: a lei impõe a divulgação ampla do ajuizamento da ação coletiva; mas não determina a mesma providência quanto ao conteúdo da decisão proferida na referida ação (procedência ou improcedência). Há, assim, falta de lógica da regra, pois mais importante para o interessado do que saber do ajuizamento da ação é saber se vai poder se beneficiar ou não dela, algo que só ocorre se houver divulgação do conteúdo da sentença/acórdão.

Finalmente, a última crítica é fruto da impressão da insuficiência da publicação em jornais para fim de dar publicidade ao ajuizamento (e julgamento) da ação coletiva. Hoje, há mecanismos muito mais adequados para tal mister, entre eles a publicação em sites especializados, a inserção de *pop ups* nos sítios da internet, geralmente acessados pelo grupo interessado, o encaminhamento da notícia do ajuizamento da ação em boletos bancários e faturas de energia elétrica, telefone etc.

> Neste sentido, vem o art. 13, parágrafo único, do PL 5.139/2009, *verbis*: "A comunicação dos membros do grupo, prevista no *caput*, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo".

9. Princípio da integratividade do microssistema processual coletivo

Embora tenha havido algumas tentativas de se criar, no Brasil, uma legislação própria, específica e unificada para disciplina do processo coletivo – evitando-se, com isto, a aplicação nele de conceitos clássicos do processo individual incompatíveis com o processo coletivo (legitimidade, competência, coisa julgada) –, ainda não há no país um Código de Processo Coletivo, ou mesmo uma lei originalmente moldada para atender genericamente a todos os processos coletivos (como seria desejável).

Por isto, a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) acabam assumindo este papel, servindo como normas-base de um microssistema que disciplina todo o processo coletivo brasileiro.

De fato, o art. 21 da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) determina a aplicação, *no que for cabível,* dos dispositivos do Livro III do Código de Defesa do Consumidor (que trata das ações coletivas). E o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), ao tratar das ações coletivas, determina a aplicação, *naquilo que não contrariar suas disposições*, da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Da interpretação do conteúdo destas duas *normas de envio* (terminologia empregada para designação de regras que invocam a aplicação de outras existentes em diploma diverso), extrai-se a ideia da existência de um todo único, conjunto, composto pela LACP e pelo CDC, aplicável a toda e qualquer ação para a tutela dos interesses supraindividuais (ação civil pública, ação popular, ação civil de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo etc.). E extrai-se, também, a afirmação de fácil compreensão, no sentido de as regras do CDC serem aplicáveis a praticamente todas as ações civis públicas, inclusive às que não têm natureza consumerista.

> Inicialmente, consideramos conveniente asseverar que o CDC e a Lei de Ação Civil Pública formam um sistema único de tutela coletiva. Afinal, "as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil" aplicam-se às ações previstas do CDC, por força de seu art. 90. Por outro lado, a própria Lei de Ação Civil Pública prevê, em seu art. 21, que, na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, aplicam-se, no que for cabível, os "dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor". Nesse sentido, Nelson Nery Junior pondera que "há, por

> assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais (...)" (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 773) (STJ, Resp 805.277/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23-9-2008).

Tem-se por formado, assim, o núcleo central de um sistema (ou microssistema) normativo, que não se esgota, entretanto, apenas na combinação destas duas normas.

Isto porque, apesar da posição de destaque da LACP e do CDC neste sistema, não se pode negar que as demais leis com vocação coletiva também o compõem, de modo a serem utilizadas naquilo que forem úteis à efetivação da tutela dos interesses supraindividuais.

Assim, importantes diplomas como a Lei de Ação Popular – Lei n. 4.717/65; a Lei do Mandado de Segurança – arts. 21 e 22 da Lei n. 12.016/2009; a Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92; o Estatuto da Criança e do Adolescente – arts. 208 a 224 da Lei n. 8.069/90; a Lei n. 7.853/89 (plano de apoio às pessoas portadoras de deficiência); entre tantas outras que dispõem sobre a tutela dos interesses supraindividuais, também fazem parte do nominado sistema ou microssistema processual coletivo.

Trata-se de um ***sistema processual integrativo***, em que as diversas normas relativas ao tema formam um conjunto em que, mais do que se subsidiarem, *interpenetram-se* de forma harmônica (teoria do diálogo das fontes normativas).

Em outros termos, a aplicação das diversas leis que tratam de processo coletivo no país não é meramente subsidiária; é integrativa. As normas que tratam de determinada ação coletiva (*v.g.*, ACP) se aplicam a outra ação coletiva cuja disciplina legal seja omissa (*v.g.*, ação popular) (subsidiariedade). E aplicam-se, também, mesmo se houver previsão legal específica na norma de regência, casos em que as duas disposições (a da lei específica e a do sistema) serão aplicadas conjuntamente, e delas se extrairá aquilo que seja melhor para a tutela dos direitos e interesses metaindividuais (integratividade).

Obviamente, deverá o intérprete aferir, no caso concreto, eventual

incompatibilidade e a especificidade de cada norma coletiva em relação aos demais diplomas. Mas isto é feito casuisticamente, não sendo possível, *prima facie*, determinar o que pode ser aplicado integrativamente e o que não pode.

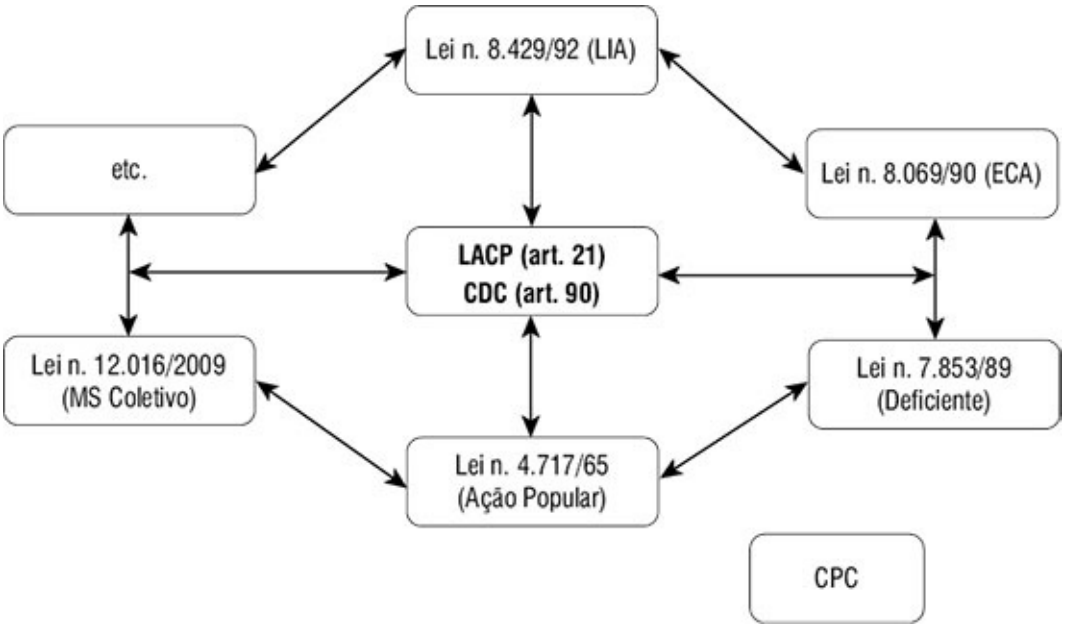
Basicamente, ao se deparar com uma ação coletiva de qualquer natureza, o intérprete busca na sua norma de regência a regra disciplinadora. Caso não a encontre, busca nas demais leis que compõem o sistema, a principiar pelo núcleo dele (CDC e LACP), norma correspondente e que possa ser aplicada (subsidiariedade).

Caso, entretanto, encontre na norma de regência da ação coletiva regra disciplinadora, deverá, antes de aplicá-la, buscar nas demais normas do sistema outras de igual característica. Caso haja incompatibilidade entre ambas, deverá excluir a aplicação da norma estranha, aplicando a norma de regência. Do contrário, deverá extrair do conjunto delas a melhor interpretação para a tutela dos interesses supraindividuais (integratividade).

> Inúmeros são os exemplos reais, sacados da jurisprudência, no sentido da existência do microssistema processual coletivo e da aplicação subsidiária e integrativa das normas que o compõem: a) apesar da omissão do art. 210 do ECA, a administração direta e indireta pode ingressar com ACP na defesa dos direitos da criança e do adolescente, vez que o art. 5º, III, da LACP e o art. 82 do CDC o permitem; b) apesar da omissão da LACP e da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65), é possível o manejo destas ações na forma preventiva (inibitória ou de remoção do ilícito), vez que o art. 209 do ECA autoriza o ajuizamento da ação no local onde deva ocorrer o dano (tutela preventiva); c) à míngua de previsão legal de reexame necessário na LACP, aplica-se a regra do art. 19 da Lei de Ação Popular (não o CPC), de modo que a sentença deverá ser submetida à reapreciação do Tribunal caso seja de carência ou de improcedência do pedido (STJ, Resp 1108542/SP, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 19-5-2009); d) não havendo disciplina sobre a prescrição das ações civis públicas, já se entendeu (sem a nossa concordância) que o prazo prescricional é quinquenal, conforme regra do art. 21 da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65) (STJ, Resp 1.070.896/SC, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14-4-2010).

Por fim, vale destacar que pode ocorrer de não haver disciplina alguma no

microssistema processual coletivo – seja no núcleo normativo (CDC e LACP), seja nas demais leis que o compõem – sobre determinado tema (citação, intimação, forma de prática dos atos processuais, nulidades etc.). Nestes casos – e apenas nestes – tem-se a aplicação subsidiária (não integrativa) do CPC (art. 19 da Lei n. 7.347/85, art. 90 do CDC e art. 22 da Lei n. 4.717/65), com as adequações necessárias a bem da técnica de tutela dos interesses supraindividuais.



10. Princípio da adequada representação ou do controle judicial da legitimação coletiva

Diversamente do sistema norte-americano – em que certos tipos de ações coletivas podem ser ajuizadas pelo particular (desde que comprove ao juiz, por meio de uma série de habilidades, representar adequadamente os interesses da coletividade interessada) –, no Brasil, não se reconhece, à exceção da ação popular (cujo objeto é bastante restrito – art. 5º, LXXIII, da CF), legitimidade ao particular para a propositura de ações coletivas.

Por aqui, a opção adotada foi a de presumir que somente certas pessoas jurídicas, algumas de natureza pública (MP, Defensoria, Administração Pública direta e indireta), outras de natureza privada (associações, entidades de classe, sindicatos, partidos políticos), possam representar adequadamente os interesses da coletividade, estando, a partir daí, habilitadas a propor ações

para a tutela dos direitos supraindividuais.

Certamente, sopesou nesta decisão o fato já relatado (Capítulo 2, *supra*) de haver uma natural tendência à imobilização dos indivíduos da defesa dos interesses e direitos supraindividuais, principalmente aqueles de titularidade absolutamente indeterminada (direitos difusos) ou que não seriam tuteláveis individualmente diante da pequenez da vantagem econômica que poderia ser haurida. Com a indicação daqueles que terão entre suas finalidades a defesa da coletividade, diminui-se bem esta imobilização (*efeito carona*).

Portanto, não há divergência em nosso país quanto à existência de uma presunção legal de que os entes indicados no art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP representem adequadamente os interesses da coletividade, podendo propor ações coletivas.

> Quando se fala em *representação* por aqui, não nos referimos à *representação* no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro, mas, sim, àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito ou interesse metaindividual. Como bem adverte a doutrina, *representante*, aqui, deve ser considerado como sinônimo de porta-voz: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses da coletividade (seu portador em juízo).

As divergências surgem quando se indaga sobre a possibilidade de o juiz, ao receber uma ação coletiva ajuizada pelos entes eleitos pelo legislador, afastar a presunção legal de representação adequada e indicar que, naquele caso concreto, está ausente a representação. Ou, em outros termos: além do controle *ope legis* de representatividade, poderá haver também um controle *ope judicis* (judicial) dela (como ocorre nos EUA)?

Um primeiro grupo de autores entende que, à exceção das associações – cuja atuação o art. 5º, V, da Lei n. 7.347/85, expressamente condiciona a uma prévia demonstração de representatividade ao magistrado (constituição ânua e pertinência temática) –, não poderia o Judiciário negar algo que o sistema expressamente conferiu ao autor da ação coletiva, isto é, a representatividade adequada. Para os adeptos desta teoria, é o autor da ação coletiva que deve, à luz das suas finalidades institucionais, decidir se há ou não interesse que justifique sua atuação, não sendo lícito ao Judiciário, assim, fazer controle

sobre algo que a lei não lhe permitiu.

> Assim, é o representante do Ministério Público que deverá decidir se em determinado conflito consumerista há interesse social que legitime sua atuação (art. 127 da CF), e não o Judiciário. Do mesmo modo, quem elegerá se os titulares do direito são hipossuficientes (art. 134 da CF) para fins de atuação coletiva será a Defensoria Pública, não o juiz.

Uma segunda corrente entende que a existência de um controle legislativo prévio não impede que o juiz, no caso concreto e à luz do interesse em debate, considere que o autor da ação coletiva não representa adequadamente os interesses daquela coletividade. Haveria, assim, para todos os entes eleitos pelo legislador como representantes adequados (e não só para as associações), uma fase de controle judicial da representação.

De acordo com esta segunda linha de pensamento – e à míngua de previsão legal específica –, tal controle seria feito à luz das finalidades institucionais do ente legitimado. O juiz, no processamento da ação coletiva, aferiria se, além da legitimidade oferecida pela lei, o autor tem entre suas finalidades institucionais a defesa do direito ou interesses supraindividuais em debate.

> Exemplificando: ajuizada uma ação civil pública pelo Ministério Público, o Judiciário aferiria se o seu objeto contempla a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais ou de direitos individuais indisponíveis (art. 127 da CF). Estando os interesses e direitos em debate fora deste temário (finalidade institucional do MP), o juiz reconheceria a falta de representatividade adequada dos interesses daquela coletividade, convidando outros legitimados com tal fim para assumir a titularidade ativa da ação (princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito). Exemplo concreto deste fenômeno é o da Súmula 470 do STJ, que não reconhece a legitimidade (*rectius*: representatividade adequada) do MP para pleitear, em ACP, indenização decorrente de DPVAT em benefício de segurado (direito meramente patrimonial e disponível).

Preferimos a segunda posição (controle judicial da representação) – que

atualmente é prevalecente na doutrina e jurisprudência – por acreditar que não existem poderes ilimitados frente ao Poder Judiciário, que sempre pode controlá-los quando provocado (art. 5º, XXXV, da CF). Não seria diferente em tema de ações coletivas: o legislador não deu um cheque em branco para que os legitimados ativos, a seu bel-prazer, abusassem da prerrogativa de propor ações coletivas, ajuizando-as em temas completamente fora de suas finalidades institucionais.

Não existe para nós, assim, legitimado universal para ações coletivas comuns, sempre devendo haver controle judicial da representação por meio da aferição dos interesses em jogo (finalidade institucional).

> Neste quadrante, nosso país se distancia profundamente do direito norte-americano. Lá, além da pertinência temática, há outros critérios de aferição da capacidade de o autor coletivo representar a coletividade, como condição econômica, histórico social, especialidade no assunto etc. Aqui no Brasil, à míngua de previsão legal, quer parecer que o único critério seguro de aferição judicial da representação adequada – que, repita-se, é presumida *ope legis* (presunção relativa) – é a finalidade institucional (pertinência temática). *Maxima venia* de parcela respeitável da doutrina, o juiz não tem condições de aferi-la por outros meios que não seja este, sob pena de ativismo judicial incompatível com a segurança jurídica e risco grave de ser limitado, a pretexto de uma *representação ideal*, o cabimento de um sem-número de demandas coletivas.

A representatividade adequada dos entes legitimados no art. 5º da LACP – aferida pelo juiz, via controle *ope judicis* e à luz da pertinência temática e das finalidades institucionais – consubstancia hipótese de pressuposto processual específico, e não de condição da ação coletiva (legitimidade ativa *ad causam*). Assim, tal requisito não seria levado em consideração quando da análise da legitimidade processual. Nada impede que o autor da ação coletiva seja legitimado para a sua propositura, mas não preencha o pressuposto processual da representatividade adequada.

De todo modo, uma nota final importante deve ser destacada antes do encerramento deste item. Havendo dúvida sobre estar ou não o interesse ou direito em debate na finalidade institucional do órgão proponente, deve se permitir o processamento da ação coletiva, ampliando-se o espectro de tutela

aos interesses metaindividuais. Afinal, quanto mais os órgãos legitimados se envolverem na defesa coletiva dos direitos e interesses, melhor para a sociedade e para o próprio Poder Judiciário (diminuição do número de ações individuais). Eventuais equívocos no processamento da ação coletiva por legitimado ativo despreparado, ou sem representação adequada, são bem neutralizados no Brasil pelo regime da coisa julgada *in utilibus* (a coisa julgada coletiva, em regra, só favorece ao indivíduo, nunca o prejudicando).

Capítulo 8

Objeto do Processo Coletivo

Como vimos no item 2 do Capítulo 6, *supra*, o objeto do processo coletivo é a tutela de interesses e direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Pouco importa o uso dos termos transindividuais, metaindividuais, supraindividuais. Todas estas nomenclaturas são sinônimas e designam os direitos ou interesses que extravasam os limites do particularismo e que passam a ser investigados à luz da sua titularização coletiva (grupo, categoria, sociedade como um todo etc.).

E pouco importa que se tutelem direitos ou interesses no processo coletivo, já que o art. 81, *caput*, do CDC fala, indistintamente, no processo coletivo como instrumento da defesa de *direitos* e *interesses*, pese na teoria geral do direito haver distinção entre os dois termos. Os interesses são situações anteriores aos direitos, portanto sem previsão na norma jurídica. A partir do momento em que passa a haver na sociedade um consenso sobre quais interesses extrapolam os limites do particularismo, ter-se-á um direito. Logo, todo interesse juridicamente protegido é, por consequência, um direito. Esta é a distinção entre ambos: o momento do reconhecimento pela norma jurídica.

Os direitos ou interesses que são o objeto do processo coletivo podem ser classificados em dois grandes grupos, conforme interpretação que se faz do art. 81, parágrafo único, do CDC.

No primeiro grupo se encontram os direitos ou interesses **naturalmente coletivos**, cujos representantes são os *direitos e interesses difusos* e *coletivos* (*stricto sensu).* Estes direitos e interesses, de natureza transindividual, caracterizam-se pela **indivisibilidade e publicidade do objeto**. Indivisíveis

porque há a impossibilidade de fruição exclusiva do bem por um indivíduo com exclusão dos demais, de modo que tanto a lesão quanto a satisfação do direito atingem, indistintamente, a todo o grupo. São públicos porque estes direitos e interesses são insuscetíveis de apropriação privada (a parcela de interesse individual sobre estes bens e direitos costuma ser pequena). Costuma se dizer que, se os direitos naturalmente coletivos pudessem ser tutelados pela formação de um litisconsórcio entre os titulares (e não podem!), estaríamos diante de um litisconsórcio unitário.

Já no segundo grupo de direitos ou interesses objeto do processo coletivo se encontram os **acidentalmente (ou formalmente) coletivos**, representados unicamente pelos *direitos e interesses individuais homogêneos*. Este grupo é caracterizado pela *divisibilidade do objeto*, de modo que tanto a lesão quanto a satisfação do direito podem alcançar, apenas, um ou alguns dos membros do grupo. Aponta-se que, caso fossem tais direitos e interesses tutelados por um litisconsórcio (possível neste caso), ele seria simples. Os direitos e interesses acidentalmente coletivos compõem, de acordo com a maioria da doutrina, uma ficção jurídica: em realidade, são direitos individuais que, por razões de política legislativa, podem ser tratados coletivamente (conforme veremos a seguir). Por isto, são *acidentalmente* (involuntariamente) coletivos.

1. Direitos e interesses difusos

Os direitos ou interesses difusos têm previsão no art. 81, parágrafo único, I, do CDC. O dispositivo diz que eles são compostos por direitos e interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

A partir de tal disposição, a doutrina tem destacado as 5 (cinco) características dos direitos e interesses difusos:

a) *indivisibilidade do objeto*: os direitos e interesses difusos, sendo pertencentes ao grupo dos direitos naturalmente coletivos, não podem ser partilhados entre seus titulares, de modo que ou todos os membros do grupo são seus titulares ou ninguém o é;
b) *indeterminação absoluta dos sujeitos*: os titulares dos direitos ou interesses difusos são indefinidos e indefiníveis (indeterminados e indetermináveis). O grupo é composto de muitos, poucos ou alguns, os quais jamais poderão ser determinados em razão da absoluta

heterogeneidade de seus membros;

c) *unidos por circunstâncias de fato extremamente mutáveis*: nos direitos e interesses difusos, não há vínculo jurídico entre os titulares do direito. Eles são ligados entre si unicamente por circunstâncias fáticas e mutáveis (como a de residirem em determinado lugar, beberem a mesma água contaminada, viverem no mesmo município);

d) *alta conflituosidade interna*: por fazerem parte de um grupo tão díspar, natural que entre os titulares indeterminados dos direitos e interesses difusos haja diversidade de opiniões e pretensões. Por exemplo, entre os moradores de uma cidade prejudicados por um dano ao meio ambiente causado por uma fábrica poluidora, sempre haverá aqueles que, sendo empregados da fábrica, pretendem preservar seus empregos diante da pretensão de outra parte em fechar a indústria a bem da preservação do meio ambiente;

e) *alta abstração*: os direitos e interesse difusos, por excelência, são aqueles de maior abstração, menos palpáveis, menos materializáveis.

Costumam ser apontados como exemplos de direitos e interesses difusos a proteção do meio ambiente ou à moralidade administrativa; os limites à prática de propaganda enganosa; a tutela do patrimônio público, histórico ou cultural etc.

2. Direitos ou interesses coletivos

Os direitos ou interesses coletivos, em tese, foram os primeiros a ser identificados com categoria diversa dos direitos individuais, isto por força do trabalho dos sindicatos no século passado (entes exponenciais). Eles têm previsão no art. 81, parágrafo único, II, do CDC, e, com melhor redação, no art. 21, parágrafo único, I, da Lei n. 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança). Os dispositivos dizem que eles são compostos por direitos e interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares grupos ou categorias de pessoas ligadas entre si com a parte contrária por uma relação jurídica base.

A partir de tais disposições, a doutrina tem destacado as 5 (cinco) características dos direitos e interesses coletivos *stricto sensu* (designação adotada para diferenciá-los dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*, que englobam os difusos, os coletivos e, para alguns, até mesmo os individuais homogêneos):

a) *indivisibilidade do objeto*: os direitos e interesses coletivos, tanto quanto os difusos, sendo pertencentes ao grupo dos direitos naturalmente coletivos, não podem ser partilhados entre seus titulares, de modo que ou todos os membros do grupo são seus titulares ou ninguém o é;

b) *indeterminação relativa dos sujeitos*: os titulares dos direitos ou interesses coletivos são indefinidos individualmente (indeterminados). Mas são determináveis por grupo, algo que só é possível em virtude da existência, entre eles, da relação jurídica comum (característica abaixo);

c) *unidos por circunstâncias jurídicas*: nos direitos e interesses coletivos, há vínculo jurídico entre os titulares do direito ou do interesse. Em outros termos, a relação entre eles é mais estável do que a existente nos direitos difusos, pois entre os titulares do direito/interesse, ou entre eles e a parte demandada, há uma *relação jurídica base* (pertencerem à mesma entidade de classe, serem partes no mesmo consórcio ou alunos da mesma escola particular etc.). Nos direitos e interesses coletivos, é possível se falar, portanto, da existência de uma *affectio societatis* entre os membros da coletividade, traço distintivo maior entre esta categoria e a dos direitos/interesses difusos;

d) *baixa conflituosidade interna*: por fazerem parte de um grupo homogêneo – cujos titulares são ligados entre si ou com a parte demandada por uma relação jurídica (*affectio societatis*) –, natural que entre os titulares indeterminados dos direitos e interesses coletivos haja uma menor diversidade de opiniões e pretensões. Até porque, pertencendo ao mesmo grupo relacionado, os interesses e as pretensões costumam ser comuns (*v.g.*, de uma categoria profissional demandando por melhoria na qualidade de trabalho);

e) *menor abstração*: os direitos e interesses coletivos costumam ser menos abstratos, mais palpáveis, mais materializáveis, do que os direitos difusos.

Costumam ser apontados como exemplos de direitos e interesses coletivos a demanda de integrantes de um consórcio para evitar aumentos (relação jurídica com o réu); a de membros de sindicato para evitar alteração da carga horária de trabalho (relação jurídica entre os titulares); o direito dos alunos de uma mesma escola em evitar aumento de mensalidade (Súmula 643 do STF) (relação jurídica com o réu); a pretensão da classe dos advogados de evitar óbices impostos pela Defensoria Pública no levantamento de valores pela prestação de serviços de assistência judiciária

(relação jurídica entre os titulares); ou mesmo a ação de usucapião especial coletiva (art. 10 da Lei n. 10.257/2001), que, nos termos do art. 12, III, da Lei n. 10.257/2001, é ajuizada pela associação de moradores regularmente constituída (relação jurídica entre os titulares do direito).

3. Direitos ou interesses individuais homogêneos

Os direitos ou interesses individuais homogêneos são os únicos representantes do grupo de direitos nominados como acidentalmente coletivos. E assim o são porque, em contrariedade à ideia que se tem do que é um direito coletivo (indivisível, de todos ao mesmo tempo), nestes casos o objeto da demanda é divisível, de modo que tanto a lesão quanto a satisfação do direito podem alcançar, apenas, um ou alguns dos membros do grupo.

Na realidade, os direitos e interesses individuais homogêneos têm natureza individual (embora haja doutrina absolutamente minoritária dizendo o contrário). Pois, se a característica principal deste grupo é a divisibilidade do objeto, não há como se conceber que possam ser identificados como coletivos. Tanto é assim, que a defesa destes direitos e interesses é feita em prol do indivíduo (não do grupo), o qual tem, inclusive, a possibilidade de demandar individualmente (não coletivamente) em prol de sua pretensão.

O que ocorre na tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos é uma verdadeira opção de política legislativa. Por serem homogêneos – isto é, de mesma natureza, padronizados –, o legislador autorizou o emprego da técnica processual coletiva na defesa destes direitos e interesses individuais.

Assim o fez porque, por meio do emprego da técnica processual coletiva, é possível se obter tutela conjunta a uma série de pretensões individuais repetidas (ações repetitivas), com os seguintes ganhos: a) *molecularização dos conflitos*: enfrentamento do litígio pelo conjunto dos conflitos individuais (molécula), e não um a um (átomo), o que permite uma visão global do fenômeno e das suas consequências sociais e econômicas; b) *economia processual*: com um menor gasto processual (uma ou algumas demandas coletivas), obtém-se um resultado muito maior do que o processamento individual destas pretensões (milhares de demandas); c) *redução de custos*: diminui-se o assoberbamento do Poder Judiciário, cujo custo econômico e temporal para processar uma única ou algumas demandas coletivas é bem menor do que o gasto para o processamento de milhares de ações individuais repetidas (originadas do mesmo evento); d) *uniformidade das decisões*:

evitam-se decisões contraditórias e o nominado "efeito loteria", em que parte do grupo sai vencedora por conta do ajuizamento de ações individuais em dada unidade judicial, enquanto outro grupo, sorteado (via distribuição) para ser julgado por outra unidade judicial, sai vencido; e e) *aumenta-se o acesso à Justiça*: há bens ou direitos que, do ponto de vista da tutela individual, seriam economicamente desinteressantes (*vide* Capítulo 2, *supra*), de modo que a única maneira de serem defendidos é por meio do emprego da técnica coletiva, permitindo-se que um ente exponencial (legitimado ativo eleito pelo legislador) possa agir em nome de toda a coletividade prejudicada.

Os direitos ou interesses individuais homogêneos têm previsão no art. 81, parágrafo único, III, do CDC e no art. 21 parágrafo único, II, da Lei n. 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança). Os dispositivos – sem apontar o traço da transindividualidade (algo que os direitos individuais homogêneos não são) – dizem que eles são os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos membros do grupo.

A partir de tais disposições, a doutrina também tem destacado as 5 (cinco) características dos direitos e interesses individuais homogêneos:

a) *divisibilidade do objeto*: os direitos e interesses individuais homogêneos são divisíveis (partíveis), de modo a a) serem tuteláveis individualmente por cada um dos interessados; b) permitirem decisões díspares em favor ou contra cada um dos seus titulares;

b) *determinabilidade dos sujeitos*: ainda que os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos possam não ser identificados individualmente (indeterminados) em um primeiro momento (o que pode não acontecer), eles sempre serão identificáveis (determináveis) em um segundo momento, especialmente na fase de liquidação/execução da sentença coletiva. Assim, ressalvada a hipótese do art. 100 do CDC (*fluid recovery*), a regra é que, ora ou outra, os titulares dos direitos e interesses individuais aparecerão e serão identificados;

c) *pretensão de origem comum*: nos direitos e interesses individuais homogêneos, os sujeitos são ligados entre si em razão de serem vítimas ou sucessores de vítimas de um evento de origem comum. É este traço que faz com que o direito ou interesse seja homogêneo, isto é, de mesma natureza, padronizado;

d) *existência de uma tese jurídica comum e geral para sustentar as*

pretensões: até em razão da homogeneidade, os interesses e direitos individuais de tal natureza, como regra, são sustentados à base de uma tese jurídica comum (repetida). Afinal, se o evento que justifica a pretensão tem a mesma origem, ainda que haja uma particularidade aqui ou acolá, *grosso modo*, todos os titulares do direito têm o mesmo fundamento jurídico para obter a tutela reclamada;

e) *natureza individual*: os próprios dispositivos citados – diversamente do que fazem com os direitos e interesses difusos e coletivos – não indicam o traço da transindividualidade, o que, aliado ao fato de serem os direitos e interesses individuais homogêneos divisíveis, afasta qualquer dúvida sobre a natureza não coletiva deles.

Costumam ser apontadas como exemplos de direitos e interesses individuais homogêneos as pretensões destinadas à reparação das vítimas da venda de lote de veículos com defeitos, ou das vítimas de medicamento sem efeito terapêutico; a pretensão de milhares de poupadores prejudicados por planos econômicos, ou de consumidores prejudicados pela cobrança de tarifas mensais ilegais etc. Observe-se que a pretensão de cada um dos titulares do direito é individual e tem origem no mesmo evento.

4. Limitações legais ao objeto do processo coletivo

Por meio da Medida Provisória 2.180-35 – com efeitos perenizados por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32 –, o Poder Executivo Federal, com o beneplácito do Poder Legislativo, estabeleceu algumas hipóteses de vedação de cabimento da ação civil pública.

Conforme o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam: a) tributos; b) contribuições previdenciárias; c) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); e d) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

A vedação é genérica e abarca, portanto, qualquer ação civil pública, proposta por qualquer dos legitimados do art. 5º da LACP (art. 82 do CDC), a respeito dos temas ali indicados, seja para a tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 81 do CDC).

O móvel do dispositivo é evidente: blindar o Poder Público (especialmente o federal) – principal demandado em sede de processo coletivo no país – contra as investidas do Poder Judiciário sobre os seus cofres. Pois uma

decisão proferida em uma ação civil pública com o escopo de coibir a cobrança de determinado tributo/contribuição que se considera inconstitucional, ou autorizar o levantamento de valores vertidos ao FGTS, pode representar um rombo no orçamento do Poder Executivo (federal, estadual, distrital ou municipal), quem sabe, até, com a bancarrota da própria administração.

A doutrina critica duramente este dispositivo, seja pela forma como inserido no sistema (por medida provisória sem os requisitos da relevância e urgência, nos termos do art. 62 da CF), seja pelo seu próprio conteúdo. Afinal, é graças a ele que temas sensíveis ao processo coletivo e que poderiam ser solucionados globalmente (matéria tributária, por exemplo) só são tutelados do ponto de vista individual.

E quem perde com isto? Evidentemente, o cidadão e a Justiça. O primeiro, pois obrigado a ajuizar ações individuais em temas uniformes, repetidos. E a segunda, pois obrigada a julgar centenas de milhares de vezes processos absolutamente semelhantes que poderiam ser tutelados coletivamente, com menor gasto temporal e financeiro.

Apesar de todas as críticas, a jurisprudência do STJ vem emprestando plena eficácia à disposição, especialmente no que tange à vedação de propositura de ação civil pública, pelo MP, em matéria tributária (EResp 771.460/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 15-10-2007; Resp 850.718/DF, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 10-9-2007; EResp 753.901/DF, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 6-8-2007; EResp 665.773/DF, Rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 7-4-2008).

> Pensamos que o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, configura verdadeira hipótese de impossibilidade jurídica do pedido (*rectius*: dos elementos da ação), de modo que o ajuizamento de ACP veiculando as pretensões expressamente vedadas pela lei deve acarretar o indeferimento da inicial e a extinção do processo, sem julgamento do mérito (art. 267 c.c. art. 295, ambos do CPC).

Uma ressalva, entretanto, deve ser feita para a exata compreensão da vedação do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85. Tratando-se de dispositivo limitador da eficácia da ação civil pública – que de certo modo pode ser considerada garantia constitucional (art. 129, III, da CF) –, a sua

interpretação há de ser feita de modo bastante restritivo, preservando pretensões que objetivem a defesa e a integridade do erário e a higidez do processo de arrecadação tributária, ainda que os temas debatidos tangenciem questões relacionadas a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos.

> Já se admitiu, assim: a) ação civil pública que objetive a condenação da empresa concessionária à emissão de faturas de consumo de energia elétrica com dois códigos de leitura ótica, informando de forma clara e ostensiva os valores correspondentes à contribuição de iluminação pública e à tarifa de energia elétrica (tutela do consumidor) (Resp 1.010.130/MG, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 9-1-2010); b) ação civil pública para anular Termo de Acordo de Regime Especial (TARE), em que concedidos incentivos fiscais a empresa (tutela do patrimônio público) (STF, *Informativo* 595); c) ação civil pública com o objetivo de declarar nulo certificado de entidade assistencial, e, consequentemente, os benefícios fiscais a ela concedidos (tutela da moralidade e do patrimônio público) (STJ, Resp 1.101.808/SP, 1ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17-8-2010); d) ação civil pública que objetive reconhecer a nulidade de atos administrativos que trouxeram benefício exclusivo a um único contribuinte, permitindo-lhe o recolhimento a menor de ICMS (tutela do patrimônio público) (STJ, Resp 903.189, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-12-2010). Em todos estes casos, entendeu-se que as ações não veiculavam pretensões vedadas pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85.

Também tem sido admitida ação civil pública em matéria previdenciária (revisão de benefícios previdenciários), na medida em que o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, só obsta pretensões relacionadas às contribuições previdenciárias (Lei n. 8.212/91), e não a benefícios (STJ, Resp 946.533/PR, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10-5-2011; Resp 1.142.630/PR, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. 7-12-2010). Mas há julgados em sentido contrário, exclusivamente para negar a legitimidade ativa (*rectius*: representação adequada) do Ministério Público para o ajuizamento de tal ação (STJ, Resp 396.081/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2-9-2008; Resp 404.656/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17-12-2002).

No PL 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública), parece-nos haver retrocesso neste ponto. É que o art. 1º, § 1º, estabelece não caber "ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados". Ou seja, limita-se ainda mais a disposição atual (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85), para também não admitir o processamento de ações cujo objetivo seja a concessão, revisão ou reajuste de benefício previdenciário.

O impedimento do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85 não se aplica à ação popular. Primeiro, porque não é possível seu manejo para discussão dos assuntos retratados no dispositivo (art. 5º, LXXIII, da CF). E, segundo, pois – repita-se – a norma impeditiva do art. 1º, parágrafo único, da LACP, deve receber a interpretação mais restritiva possível.

5. Questões práticas advindas da conceituação dos direitos difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos

Embora seja possível, conceitualmente, a classificação do objeto do processo coletivo nas três espécies retroexaminadas (difusos, coletivos e individuais homogêneos), não se pode negar que, na prática, há algumas zonas cinzentas, em que não se saberá ao certo se o direito ou interesse defendido é coletivo ou individual homogêneo. A questão é tão complexa, que alguns autores chegam, inclusive, a sustentar, *de lege ferenda*, que não deveria haver a categoria dos direitos coletivos *stricto sensu* (os quais deveriam integrar o conceito de direitos difusos, pelo traço da indivisibilidade do objeto que lhes é comum).

Bom exemplo para ilustrar estas "zonas cinzentas" é o da Súmula 643 do STF, que legitima o Ministério Público à propositura de ACP com objetivo de discutir a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares. Em um primeiro momento, enfocada coletivamente a questão, há de se

> reconhecer que se trata de um direito ou interesse coletivo *stricto sensu*, vez que o objeto da demanda é indivisível (ou o reajuste é legal para todos os alunos ou não o é para nenhum deles), havendo, ainda, uma relação jurídica base entre os alunos beneficiados pela atuação ministerial e a(s) escola(s) demandada(s). Por outro lado, alguns autores analisam individualmente o conflito e chegam à conclusão que se trata de um direito individual homogêneo (de origem comum), já que cada aluno prejudicado poderia ajuizar demanda individual que teria efeitos particulares. Assim, haveria alunos pagando a mensalidade sem o reajuste (os vencedores das ações individuais) e outros com o reajuste (os que perderam ou não ajuizaram ações individuais), o que denotaria o traço da divisibilidade característico dos direitos e interesses individuais homogêneos. Concordamos com a primeira leitura, embora respeitemos a segunda posição.

Seja como for, fato é que um importante elemento para se definir qual o objeto tutelado no processo coletivo é o direito afirmado na inicial. Em outros termos, é da afirmação feita pelo autor na inicial que se poderá aferir, com alguma segurança, se a pretensão é tutelar direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Até porque estas rotulações feitas (inclusive por nós, nos exemplos dos itens anteriores) são absolutamente inseguras, podendo um mesmo evento, a depender do enfoque e da alegação do legitimado ativo, dar ensejo à proteção (inclusive concomitante e na mesma demanda) dos 3 (três) interesses (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

> Este fenômeno é bem representado pela Súmula 2 do 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 todos os que tiveram acesso à publicidade”. Afinal, diz a justificativa do enunciado: “A propaganda enganosa prejudica não só aqueles que efetivamente adquiriram o produto (interesses individuais homogêneos) como pessoas indeterminadas e indetermináveis que tiveram acesso à publicidade (interesses difusos), tenham ou não adquirido o produto, mas que têm direito à informação correta sobre ele”. Assim, plenamente imaginável

que a mesma propaganda enganosa dê ensejo a duas ações civis públicas (ou a uma mesma) para tutelar, concomitantemente, direitos e interesses difusos e individuais homogêneos.

Capítulo 9

Coisa Julgada

1. Breves contornos da coisa julgada no processo individual

Na lição clássica do processo individual, a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença, qual seja, a imutabilidade (art. 467 do CPC).

Em outras palavras, significa dizer que a sentença, uma vez prolatada, opera determinados efeitos (declaratórios, constitutivos, condenatórios etc.). Decorrido o prazo para apresentação de recursos, ou julgados todos os recursos possíveis, estes efeitos, *como regra*, perenizam-se, de modo a impedir qualquer eventual discussão futura relacionada aos mesmos elementos da demanda julgada (partes, pedido e causa de pedir).

A coisa julgada é, assim, além de garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, da CF), pressuposto processual negativo, intimamente relacionado à estabilidade e à segurança das relações jurídicas. O seu reconhecimento no processo individual acarreta a extinção da demanda idêntica, sem apreciação do mérito, impedindo, ainda, a repropositura da mesma ação (art. 267, V, c.c. art. 268, *caput*, e art. 301 e parágrafos, todos do CPC).

Exatamente pelo vínculo que tem com os elementos da ação (art. 301 e parágrafos do CPC), a coisa julgada no processo individual, como regra, *só atinge as partes do processo, não beneficiando nem prejudicando terceiros* (art. 472 do CPC), sendo, portanto, *intra partes*. Terceiros não intervenientes, exatamente por não serem partes, podem rediscutir questão decidida em processo alheio. Este é o principal limite subjetivo da coisa julgada.

Mas, além de *intra partes*, a coisa julgada no processo individual é, como

regra, *pro et contra*. A imutabilidade é aposta independentemente do sucesso da demanda, de modo que, tanto na procedência do pedido quanto na sua improcedência (seja por qual fundamento for), os efeitos da sentença, observadas as exceções legais (arts. 469 e 471 do CPC), serão perenizados pela coisa julgada.

2. A coisa julgada no processo coletivo

O regime da coisa julgada no processo coletivo, entretanto, é absolutamente diverso do previsto para o processo individual. Nem tanto nos limites o

bjetivos da coisa julgada (art. 468 do CPC) – já que, também no processo coletivo, é o pedido qualificado pela causa de pedir o objeto da coisa julgada –, mas, sim, nos limites subjetivos (art. 472 do CPC).

De fato, não haveria como imaginar a possibilidade de a decisão proferida no processo coletivo não atingir terceiros, se um dos escopos do processo coletivo consiste exatamente na *molecularização* das demandas, potencializando o espectro de abrangência da tutela jurisdicional.

Assim, e de acordo com a sistemática adotada no Brasil (arts. 103 e 104 do CDC e art. 16 da Lei n. 7.347/85), a coisa julgada no processo coletivo se dá *secundum eventum litis*, *secundum eventum probationis* e *in utilibus*.

2.1 Coisa julgada "secundum eventum litis" e "secundum eventum probationis"

A coisa julgada no processo coletivo é *secundum eventum litis*, na medida em que, se o processo for ajuizado para a tutela de direitos e interesses difusos ou individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, I e III, do CDC), a sentença de procedência transitada em julgado terá eficácia *erga omnes*, alcançando todos (os interessados) (art. 103, I e III, do CDC). Basta pensar uma sentença que determina uma reparação ambiental de uma mata, a beneficiar toda a coletividade dependente daquele ecossistema.

Já se o processo coletivo for para tutelar direitos e interesses coletivos *stricto sensu* (art. 81, parágrafo único, II, do CDC), a eficácia da sentença de procedência transitada em julgado se dará *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo ou categoria unificado pela existência da relação jurídica base (art. 103, II, do CDC). Em outros termos, atingirá terceiros que não são partes na ação coletiva.

> Há quem não faça – com a mais absoluta razão – distinção entre coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* (fenômeno típico da substituição processual) em sede de processo coletivo. Pois dizer que uma decisão alcança todos é um contrassenso, já que somente os interessados serão beneficiados (ou prejudicados) por ela. Por exemplo, é irrelevante para donos de motocicleta uma eventual sentença de procedência de ação coletiva para tutela dos direitos individuais homogêneos dos adquirentes de carros com defeito. Definitivamente, eles não são atingidos pela coisa julgada. É óbvio, portanto, que a coisa julgada coletiva só alcança a coletividade interessada, e não todos, sendo, portanto, *ultra partes*, *i.e.*, alcança outros interessados que não apenas o autor da ação coletiva. No PL 5.139/2009, expressamente se corrige este equívoco conceitual do art. 103 do CDC, para apontar que a coisa julgada no processo coletivo para a tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos é *ultra partes* (além das partes do processo).

Em outros termos: a coisa julgada será *secundum eventum litis* porque, à exceção da hipótese a seguir investigada, do art. 94 do CDC, ela só alcancará as pretensões das vítimas e sucessores (*erga omnes ou ultra partes*) nos casos de procedência do pedido formulado na ação coletiva (não de improcedência).

Outrossim, a coisa julgada será *secundum eventum probationis*, uma vez que a improcedência por falta de provas da ação coletiva, ao menos nas tutelares dos interesses e direitos difusos e coletivos *stricto sensu* (art. 81, parágrafo único, I e II, c.c. art. 103, I e II, todos do CDC, e art. 16 da Lei n. 7.347/85 c.c. art. 18 da Lei n. 4.717/65), não impede a repropositura da ação coletiva mediante a indicação de prova nova. Se a improcedência da coletiva for por falta de direito (e não de provas), haverá coisa julgada material, ficando impedida nova coletiva (mas não o exercício de pretensões individuais correspondentes ou derivadas).

> Basta pensar em uma ação para a tutela do meio ambiente em que não fique comprovado o dano ambiental. Com o passar dos anos e a evolução dos meios tecnológicos de aferição da poluição (e de suas causas),

plenamente possível a repropositura da ação para a tutela dos direitos difusos sob os exatos mesmos fundamentos e com o mesmo pedido, mas agora lastreada na prova nova.

Só não será *secundum eventum probationis* a coisa julgada no processo coletivo para a tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos, já que o legislador, aqui, por opção política, faz recair a coisa julgada sobre as pretensões coletivas, ainda que a improcedência seja por falta de provas. Neste último caso, só sobrevive o exercício em separado das pretensões individuais, não sendo mais possível o ajuizamento de ação coletiva para a tutela dos individuais homogêneos.

Nos casos em que o sistema estabelece a coisa julgada *secundum eventum probationis* (art. 103, I e II, do CDC e art. 16 da LACP), a repropositura da demanda previamente desacolhida depende da existência de uma preliminar de cabimento na nova ação, com indicação específica da prova nova. Esta prova nova, ademais, deve ser suficiente para mudar o resultado do primitivo processo (não bastando as mesmas provas dantes apresentadas, com pedido de revaloração). O conceito de prova nova, para os fins de repropositura da ação coletiva, é distinto do conceito análogo existente na rescisória (art. 485, VII, do CPC). Aqui, o conceito de prova nova é relacionado à existência de uma prova não apresentada na primitiva ação e suficiente para mudar o resultado final do processo. Recebida a nova ação, o juiz da causa fará um juízo de admissibilidade do cabimento da nova coletiva, sempre em vista da indicação da prova nova e da possibilidade de ela alterar o resultado do pretérito processo. De plano se mostrando insuficiente ou inexistente a nova prova, o caso será de indeferimento da inicial por impossibilidade jurídica do pedido (art. 103, I e II, do CDC). Por fim, vale destacar que: a) a repropositura da coletiva com base na prova nova pode ser feita, inclusive, por aquele que era o autor da primitiva ação coletiva desacolhida; e b) na primitiva ação coletiva desacolhida, não precisa constar expressamente que ela foi julgada improcedente por falta de provas, tampouco que fica autorizada a repropositura com base em nova prova: tal direito decorre da lei (art. 103, I e II, CDC c.c. art. 16 da LAC), e a improcedência por falta de provas é constatada a partir dos fundamentos da sentença da ação coletiva

primitiva, e não da parte dispositiva.

O esquema abaixo bem representa o regime jurídico da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*.

REGIME DA COISA JULGADA COLETIVA	**IMPEDE OUTRA COLETIVA**	**IMPEDE OUTRA COLETIVA**	**NÃO IMPEDE OUTRA AÇÃO COLETIVA** (com prova nova) (sem coisa julgada material)
DIFUSOS	Procedente (*erga omnes*) Improcedente		Improcedência por falta de provas
COLETIVOS		Procedente (*ultra partes*) Improcedente	Improcedência por falta de provas
INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	Procedente (*erga omnes*) Improcedente (por qualquer fundamento)		

2.2 Coisa julgada "in utilibus" (ou com possibilidade de transporte "in utilibus")

A coisa julgada no processo coletivo também é *in utilibus* (ou pode ser transportada para o plano individual *in utilibus*), uma vez que, diferentemente do processo individual (em que é *pro et contra*), os efeitos da sentença proferida no processo coletivo, como regra, só se imutabilizam quando beneficiarem individualmente as vítimas e sucessores, nunca os prejudicando (art. 103 e parágrafos do CDC).

Assim, uma vez julgada procedente a ação coletiva, os eventuais direitos individuais dos integrantes da coletividade, grupo, categoria ou classe, decorrentes (difusos) ou tutelados diretamente na ação coletiva (coletivos e individuais homogêneos) poderão ser reclamados pela via liquidatória/executiva (art. 97 e ss. do CDC), aproveitando-se do teor da sentença coletiva genérica prolatada.

Academicamente se discute – em nosso sentir sem relevância prática

alguma – se a autorização legal para o transporte *in utilibus* da sentença coletiva para o plano individual seria uma hipótese de ampliação legal (*ope legis*) do objeto do processo coletivo, ou efeito secundário da condenação proferida no âmbito do processo coletivo. Para ambas as posições o importante é estabelecer que o direito de as vítimas e sucessores transportarem, no que lhes for útil, a sentença coletiva no plano individual independe de pedido do autor coletivo, ou mesmo de expressa declaração sentencial nesse sentido. Portanto o direito ao transporte *in utilibus* não depende de pedido ou de pronunciamento judicial.

Por outro lado, caso a ação coletiva seja julgada improcedente (pouco importa o fundamento), nada impede que os indivíduos prejudicados integrantes da coletividade, grupo, categoria ou classe – à exceção daqueles que atuaram como assistentes litisconsorciais do autor coletivo (art. 94 do CDC) – ajuízem suas ações individuais relacionadas aos mesmos fatos, visto que a opção política do legislador brasileiro foi a de salvaguardar os interesses particulares de uma eventual e desastrosa investida do autor coletivo (que não foi, como regra, autorizado pelo particular a demandar em seu nome).

> Neste ponto, o Brasil se distancia profundamente do modelo de coisa julgada das *class actions* do direito norte-americano. Naquele modelo, a vinculação da coisa julgada ocorre para toda a classe, quer beneficiando-a, quer prejudicando-a. Somente não são alcançados pela coisa julgada coletiva, por lá, aqueles que, expressamente, exercitaram o direito de não inclusão nos efeitos da sentença da ação coletiva (*right to opt out*). No Brasil, o modelo é distinto: a coisa julgada coletiva, na improcedência do pedido, e à exceção da hipótese da intervenção prevista no art. 94 do CDC, não alcança as pretensões individuais, que podem ser livremente ajuizadas no caso de improcedência da ação coletiva. Se, por um lado, este modelo brasileiro é bom para o jurisdicionado; por outro, é o caos para a máquina judiciária. De fato, mesmo tendo o Poder Judiciário declarado a improcedência do pedido em uma ação coletiva para a tutela de direitos coletivos (especialmente os individuais homogêneos) –, muitas vezes, inclusive, com decisão proferida em sede de Tribunal Superior (STF e STJ), nada impede que milhares de vítimas e sucessores tornem a fazer idêntico pedido e sob os mesmos ou semelhantes fundamentos. Consequência: o processamento de dezenas de milhares de ações para se

decidir exatamente a mesma coisa. Exatamente por isto, no art. 34 do PL 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública), há proposta de aproximação do tema com o direito norte-americano, ao prever que os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela dos direitos individuais homogêneos não prejudicam os direitos individuais dos integrantes da coletividade, salvo se houver julgamento de improcedência da ação coletiva em matéria exclusivamente de direito (não de fato), caso em que ficarão vedadas as ações individuais concomitantes ou posteriores (*vide* item 5 do Capítulo 7, *supra*).

Interessante notar que o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva também é autorizado em matéria penal (art. 103, § 4º, do CDC), ação que, de certo modo, não pode deixar de ser considerada coletiva, por tutelar bens de tal natureza. Assim, caso haja a condenação de determinada pessoa pela prática de crime contra o meio ambiente, restando superada a questão da autoria, nada impede que as vítimas e seus sucessores, à luz do citado dispositivo, liquidem e executem no cível os danos experimentados pela conduta.

2.3 A suspensão da ação individual como condição para o transporte "in utilibus" da coisa julgada coletiva – a suspensão facultativa e judicial

O legislador brasileiro, entretanto, estabeleceu uma condição para que o indivíduo se beneficie da coisa julgada coletiva caso tenha ação individual correspondente ajuizada ao tempo da ação coletiva.

De acordo com o art. 104 do CDC, a ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais de objeto correspondente. Mas o autor da ação individual deverá requerer, em 30 dias contados da data da comunicação nos autos da existência da ação coletiva para a tutela dos direitos coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos correspondentes (cujo ônus é do demandado), a suspensão da sua ação individual (que perdurará enquanto durar a ação coletiva para tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos), sob pena de, não a requerendo, não ser beneficiado por eventual sentença de procedência da ação coletiva.

Caso o réu da ação coletiva e da individual (que é, em regra, a mesma

pessoa) não comunique, nos autos da ação individual, a existência da ação coletiva para a tutela dos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos de objeto correspondente (dever de informar) – impedindo, portanto, o pedido de suspensão da ação individual para os fins do art. 104 do CDC –, o autor da ação individual não poderá ser prejudicado por não ter tido a possibilidade de requerer a suspensão da ação. Nestes casos, ainda que perca a ação individual, poderá se beneficiar da coisa julgada coletiva na ação de objeto correspondente. Exatamente por isto, é evidente que o réu das ações (individual e coletiva) tem pleno interesse de comunicar a existência da ação coletiva nos autos da ação individual. Até porque, do contrário, ficará indefinidamente sujeito à sentença a ser proferida na ação individual, independentemente do resultado da ação coletiva.

Durante muitos anos se entendeu, à luz do art. 104 do CDC, que a suspensão da ação individual era facultativa para o autor, que poderia, simplesmente, optar pelo prosseguimento da ação individual, não se beneficiando pela procedência da coletiva correspondente (**suspensão facultativa**).

O STJ, entretanto, no julgamento do Resp 1.110.549/RS (Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28-10-2009), deu uma boa mexida neste modelo de suspensão facultativa da ação individual. Decidiu-se que "ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários (interesses individuais homogêneos), suspendem-se obrigatoriamente as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva", o que, de qualquer forma, não impede o ajuizamento da ação individual pelo prejudicado (embora ela será, de súbito, suspensa).

Em outros termos, o STJ passou a autorizar o juiz – independentemente da vontade do autor – a suspender oficiosamente a ação individual, isto até que haja pronunciamento judicial na ação coletiva tutelar do mesmo direito ou interesse.

O motivo invocado pelo STJ para autorizar esta aparente violação do art. 104 do CDC é fruto de uma interpretação sistemática das regras processuais sobre recursos repetitivos, com invocação analógica do art. 543-C do CPC. Afinal, não adiantaria em nada dar seguimento à ação individual de objeto correspondente à ação coletiva em 1º e 2º graus, para que, quando ela

chegasse à fase de recurso especial, o STJ determinasse o sobrestamento do feito para aguardar o julgamento da macrolide (no caso, a ação coletiva para a tutela dos individuais homogêneos).

Por isto, o STJ acabou criando, pela via jurisprudencial, um segundo modelo de suspensão da ação individual correspondente, diverso da suspensão facultativa: o da **suspensão judicial**. Se a parte se sentir prejudicada pela suspensão judicial de seu processo individual, que intervenha, na forma do art. 94 do CDC, na ação coletiva para a tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos (sofrendo os efeitos deletérios disto). O que para o STJ é interpretativo, no PL 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública), será a regra (art. 38).

2.4 Destino da ação individual de objeto correspondente à coletiva após o julgamento dela

A partir da opção do autor da ação individual ou da decisão judicial que ordenar a suspensão da ação individual (suspensão facultativa ou judicial), bem como do resultado da ação coletiva de objeto correspondente, diversos quadros podem ser imaginados:

a) caso haja suspensão da ação individual (facultativa ou judicial) e a ação coletiva correspondente venha a ser acolhida, haverá manifesta perda do objeto da ação individual (falta de interesse processual), de modo que a ação individual será extinta ou, melhor ainda, convertida em liquidação/execução de sentença coletiva;

b) caso haja suspensão da ação individual (facultativa ou judicial) e a ação coletiva correspondente venha a ser desacolhida, nada impede que o indivíduo que não participou da ação coletiva como assistente litisconsorcial (art. 94 do CDC) – que não pode ser prejudicado pela coisa julgada coletiva negativa (princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva) – requeira o prosseguimento da sua pretensão individual;

c) caso o interessado, entretanto, opte por não suspender a sua ação individual na pendência do processo coletivo, conforme lhe faculta o art. 104 do CDC (e o Judiciário não determine tal suspensão oficiosamente), não haverá a mínima possibilidade de se beneficiar do que nele restar decidido, uma vez que o sistema preferiu a coisa julgada individual à coletiva.

De qualquer modo, não há impedimento nenhum para que o indivíduo, ciente da pendência da ação coletiva para a tutela dos interesses individuais homogêneos, ajuíze ação individual de objeto correspondente. Caso o juiz não determine, oficiosamente, a suspensão da ação individual na forma do decidido pelo STJ (Resp 1.110.549/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28-10-2009) (suspensão judicial), tal ato simplesmente importará renúncia à eventual coisa julgada coletiva.

> Questão interessante aparece quando se indaga se o autor da ação individual que teve seu pedido desacolhido, com trânsito em julgado, pode ser beneficiado por posterior ação coletiva de objeto correspondente. Afinal, em virtude de sua ação individual ter se encerrado antes do ajuizamento da ação coletiva, não pode se valer da vantajosa regra da suspensão prevista no art. 104 do CDC. Há duas posições diametralmente opostas na doutrina a respeito deste tema. A primeira – da qual somos adeptos – sustenta que a coisa julgada coletiva posterior não pode beneficiar o indivíduo que já perdeu a ação individual, já que a coisa julgada individual, em virtude de ter se consolidado à luz das particularidades do caso concreto e da situação pessoal do interessado, sempre prevalece sobre a coisa julgada coletiva. Na segunda, há autores a defender, com base no princípio da igualdade e da ideia de inexistência de oportunidade processual ao indivíduo, posição no sentido de que a coisa julgada coletiva posterior poderá beneficiar o vencido na ação individual sentenciada antes do ajuizamento da ação coletiva.

2.5 A especial hipótese prevista no art. 94 do CDC: coisa julgada "pro et contra" para o particular interveniente na ação coletiva

O art. 94 do CDC estabelece que, proposta a ação coletiva, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes.

Prevalece o entendimento em doutrina que a disposição só é aplicada às ações para a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, já que somente nelas é possível se falar, realmente, em uma pretensão individual concomitante e correspondente à formulada na ação civil pública (ação

coletiva).

Nas ações para a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, não é possível o ingresso do particular como litisconsorte (*rectius*: as sistente litisconsorcial) do autor coletivo (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC). Afinal, nela não há preocupação com a situação específica de cada um dos eventuais titulares do direito ou interesse em debate, mas apenas com o bem coletivamente considerado (o meio ambiente, a moralidade, a ilegalidade do reajuste da mensalidade escolar etc.).

Assim, embora o particular possa até se beneficiar da sentença que reconheça a responsabilidade civil do demandado na ação para a tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* (transporte *in utilibus*), não pode participar da ação pela absoluta falta de interesse diante do pedido que lá é formulado (que nada tem a ver com a pretensão individual).

> Podem a vítima e o sucessor, portanto, ingressar como assistentes litisconsorciais (art. 54 do CPC) em uma ação coletiva para a reparação de danos à saúde dos consumidores de produto capilar com efeitos colaterais (direito individual homogêneo). Mas não podem ser assistentes litisconsorciais em uma ação civil pública para a reparação do dano ambiental (direitos difusos), ainda que seja possível, após o reconhecimento da culpa da empresa poluidora na ação coletiva, liquidarem e executarem os danos individualmente experimentados no evento (*transporte in utilibus*).

Alguns autores entendem que também é possível a intervenção do particular como assistente litisconsorcial do autor coletivo, nas ações civis públicas para a tutela dos direitos coletivos *stricto sensu*. Embora respeitável a posição, parece-nos que ela contraria a regra expressa do art. 94 do CDC (exclusiva da tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos), além de ser prejudicial ao indivíduo.

Isto porque, se a vítima ou sucessor participar da ação coletiva para a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos (ou dos coletivos, para os autores que assim admitem), a coisa julgada havida neste feito o alcançará, mesmo na improcedência por falta de provas, de modo que não poderá mais, autonomamente, exercer a pretensão individual.

Havendo a intervenção do particular na ação coletiva, na forma do art. 94

do CDC, a coisa julgada aí formada, ao menos para ele, será *pro et contra* (e não *in utilibus*, como é a regra do processo coletivo), vez que foi parte do processo.

Respeitadas as posições em contrário, não acreditamos que a atuação do interessado, na forma do art. 94 do CDC, seja uma boa opção estratégica. Se o autor coletivo se sair vencedor, a vítima ou sucessores serão beneficiados pela coisa julgada coletiva, ainda que não participem da demanda. Mas, se a ação coletiva for desacolhida, a coisa julgada alcançará em toda a sua plenitude os intervenientes.

A regra do art. 94 do CDC, por evidente, não autoriza o particular interessado (vítima ou sucessor) a ajuizar a ação coletiva, mas apenas a participar dela como litisconsorte (na verdade, assistente litisconsorcial) do legitimado coletivo (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC), provendo meios (argumentos e provas) em favor da tese por ele sustentada.

2.6 A coisa julgada coletiva à luz das regras do art. 16 da Lei n. 7.347/85 e do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97

O art. 16 da Lei n. 7.347/85 e o art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 são as maiores provas de que a legislação processual coletiva brasileira avançou nos últimos 30 anos; mas também teve grandes retrocessos.

De fato, sendo o Poder Público o maior demandado em sede de processo coletivo (de todas as naturezas), mais que depressa o Poder Executivo Federal, com o absoluto beneplácito do Congresso Nacional, deu um jeito de limitar o alcance da tutela coletiva (especialmente quando ele for o demandado).

O art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a redação que lhe foi emprestada pela Lei n. 9.494/97 (que antes foi Medida Provisória 1.570-4), estabelece que "A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, 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".

A regra, por assim dizer, quebra por completo o espírito do processo coletivo, de tutelar molecularmente o conflito e ampliar a abrangência da decisão para beneficiar todos os interessados. Pois, ao restringir o alcance da decisão "aos limites de competência do órgão prolator", a disposição faz com que os efeitos da coisa julgada coletiva só valham dentro do território (da

Comarca ou da Subseção Judiciária) sobre o qual tem o órgão prolator (juízo ou Tribunal) competência, obrigando ao ajuizamento de um sem-número de ações civis públicas para a tutela de todos os prejudicados pela ofensa aos direitos e interesses coletivos.

A doutrina é uniforme ao indicar a inconstitucionalidade, a ineficácia e a falta de lógica do dispositivo.

Inconstitucional, porque quebra a regra da proporcionalidade, e, ao assim fazer, viola o princípio do devido processo constitucional na sua faceta material (art. 5º, LIV, da CF), que impõe ao legislador o dever de elaborar normas de acordo com os interesses sociais. Afinal, todo o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF), não sendo lícito ao legislador estabelecer regras contrárias ao interesse público (primário).

Ineficaz, pois, quando houve alteração do art. 16 da Lei n. 7.347/85 – aplicável especialmente à tutela dos direitos difusos –, não se acautelou o legislador em reformar, também, a regra do art. 103 e incisos do CDC. Como é da composição da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, em que temos o núcleo do nominado microssistema processual coletivo – cujas regras, mais do que se subsidiarem, interpenetram-se, formando um todo harmônico e único (*vide* item 9 do Capítulo 7, *supra*) –, a alteração não surtiu efeitos. Afinal, diante da redação do art. 103, I, do CDC, no sentido de que a coisa julgada é *erga omnes*, sem menção a limitação territorial alguma, de certo que, em vista do princípio da máxima efetividade do processo coletivo (*vide* item 6 do Capítulo 7, *supra*), o sistema preferirá a aplicação desta regra em detrimento do art. 16 da LACP. Assim, não haverá limitação territorial alguma à coisa julgada coletiva.

Finalmente, a regra seria ilógica, porque o legislador misturou, em absoluta falta de técnica, os conceitos de coisa julgada e de competência. Isto porque os efeitos emanados da decisão e imutabilizados pela coisa julgada não são contidos pela competência (capacidade de aplicar o direito ao caso concreto) do órgão jurisdicional. A sentença proferida por um juiz de direito da menor Comarca do país tem efeitos em todo o território nacional e, em determinados casos, até fora do país. Ninguém cogitaria que um casal divorciado nesta Comarca, ou um devedor aí condenado a pagar determinada quantia em dinheiro, deixasse de ser divorciado ou não mais tivesse a dívida no exato instante em que cruzasse fisicamente a fronteira da Comarca. Não faz o mínimo sentido, assim, que uma decisão proferida em um processo coletivo esteja adstrita aos limites do território do órgão prolator, quando no

processo individual o modelo é totalmente contrário.

A jurisprudência, especialmente do STJ, tem inúmeros precedentes que enfrentam a problemática do art. 16 da LACP. Dois, contudo, merecem especial destaque.

A Corte Especial do STJ tinha precedente consolidado no sentido da eficácia do art. 16 da Lei n. 7.347/85 (EResp 293.407/SP, Rel. Min. João Otávio Noronha, *DJ* 1º-8-2006; no mesmo sentido: STJ, Resp 399.357/SP, 2ª Seção, j. 5-10-2009).

Este entendimento da Corte Especial pela eficácia do art. 16 da Lei n. 7.347/85, contudo, sofreu forte baque recentemente. No julgamento do Resp 1.24.887/PR, a mesma Corte Especial do STJ reformulou seu entendimento e passou a admitir – com a mais absoluta propriedade – que a limitação dos efeitos da coisa julgada no processo coletivo não é feita à luz desta disposição, mas, sim, do pedido do autor acolhido pelo Judiciário. Em outros termos, o STJ estabelece doravante que os efeitos da coisa julgada coletiva para fora dos limites da competência do órgão territorial têm a ver com aquilo que ficou decidido na sentença, e não com o disposto no art. 16 da Lei n. 7.347/85. Assim, observada a regra de competência para o processamento de ações cujos danos (ou prováveis danos) tenham âmbito local, regional ou nacional (art. 91 do CDC), a coisa julgada coletiva poderá valer, inclusive, para fora dos limites de competência territorial do órgão prolator, beneficiando indistintamente a todas as vítimas (e sucessores) do evento.

> "A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos – como coisa julgada e competência territorial – e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os 'efeitos' ou a 'eficácia' da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada – a despeito da atecnia do art. 467 do CPC – não é 'efeito' ou 'eficácia' da sentença, mas **qualidade** que a ela se agrega de modo a torná-la 'imutável e indiscutível'. É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os 'limites da lide e das questões decididas' (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) – *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*. A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo

singular, e também, com mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides. A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas. A questão principal, portanto, é de alcance objetivo (‘o que’ se decidiu) e subjetivo (em relação ‘a quem’ se decidiu), mas não de competência territorial. Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado” (...). “A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual ‘a eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário’ (Resp 293.407/SP, 4ª Turma, confirmado nos EResp n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme – em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide” (...). “Com efeito, como se disse anteriormente, por força do art. 21 da Lei n. 7.347/85, o Capítulo II do Título III do CDC e a Lei das Ações Civis Públicas formam, em conjunto, um microssistema próprio do processo coletivo, seja qual for a sua natureza, consumerista, ambiental ou administrativa. Assim, com o propósito também de contornar a impropriedade técnico-processual cometida pelo art. 16 da LACP, a questão relativa ao alcance da sentença proferida em ações coletivas deve ser equacionada de modo a harmonizar os vários dispositivos aplicáveis ao tema. Nessa linha, o alcance da sentença proferida em ação civil pública deve levar em consideração o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor acerca da extensão do dano e da qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo” (...). “Portanto, se o dano é de escala local, regional ou nacional, o juízo competente para proferir sentença, certamente, sob pena de ser inócuo o

provimento, lançará mão de comando capaz de recompor ou indenizar os danos local, regional ou nacionalmente, levados em consideração, para tanto, os beneficiários do comando, independentemente de limitação territorial" (STJ, Resp 1.243.887/PR, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19-10-2011).

Com este entendimento – o mais importante precedente de processo coletivo dos últimos 20 anos –, o STJ corrige os rumos do processo coletivo brasileiro e resolve, de quebra, dois problemas práticos que, até então, não tinham solução aparente. Primeiro, ratifica a possibilidade de reunião, para julgamento conjunto por um único juízo, de ações coletivas conexas e litispendentes (Capítulo 10, *infra*), com a possibilidade de a decisão proferida pelo juízo prevento valer, inclusive, na Comarca ou Subseção Judiciária de onde provieram um ou mais processos reunidos. E, segundo, permite que a decisão proferida na ação civil pública para a tutela dos direitos difusos – que pela sua própria natureza tem como titulares sujeitos indeterminados e indetermináveis, muitos deles domiciliados em Comarcas e Subseções Judiciárias diversas – beneficie a todos pela tutela coletiva.

Se a ineficácia do art. 16 da Lei n. 7.347/85 parece, ao menos até o presente momento, bem encaminhada no âmbito do STJ, o mesmo não pode ser dito quanto ao disposto no art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 – dispositivo especialmente moldado para as ações coletivas ajuizadas por *associações* (art. 5º, V, da Lei n. 7.347/85) e para a *tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos* (art. 81, III, do CDC) –, que até o momento tem sido aplicado e considerado eficaz.

Estabelece o *caput* do referido artigo que "A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos de seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator". E o parágrafo único do dispositivo arremata: "Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços".

A disposição vem na esteira do art. 16 da Lei n. 7.347/85 (com redação

pela própria Lei n. 9.494/97) e limita a eficácia das sentenças proferidas nas ações coletivas ajuizadas por associações (exclusivamente para a defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos de seus associados). Mais do que isto, estabelece ainda que, se for o Poder Público o réu destas ações, a inicial deverá vir acompanhada de uma ata da assembleia da associação que autorizou a propositura e de relação nominal (com endereços) de todos os associados domiciliados na Comarca ou Subseção Judiciária.

> O legislador faz, no art. 2º-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/97, absoluta confusão entre os conceitos de legitimação extraordinária e de representação. O art. 5º, XXI, da CF, estabelece que as associações, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus associados judicial ou extrajudicialmente. Mas o art. 5º, V, da LACP e o art. 82, IV, do CDC, legitimam extraordinariamente as associações à promoção da ação civil pública, inclusive para a defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos de seus filiados. Para solver esta aparente contradição, convém destacar que, dentro das finalidades institucionais da entidade associativa – às quais os filiados já aderiram no momento em que ingressaram na entidade e a que, portanto, não precisam aderir de novo em assembleia –, a associação não representa os filiados (age em nome alheio na defesa de direito alheio). Pelo contrário, é legitimada por lei (extraordinariamente) a defendê-los (defesa de direito alheio em nome próprio). Consequentemente, dentro destas finalidades institucionais, a associação não precisa de autorização assemblear alguma, que só seria necessária quando ela atuasse, em nome dos associados (representação), fora das finalidades institucionais. Eis a razão pela qual esta autorização exigida no art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 não faz sentido algum e é dispensável.

Pensamos que este dispositivo sofre exatamente as mesmas críticas já feitas ao art. 16 da Lei n. 7.347/85, sendo, portanto, inconstitucional, ineficaz e ilógico. Por isto, cremos que, em breve – e pelos mesmos fundamentos invocados no julgamento do Resp 1.24.887/PR –, ele seja considerado ineficaz.

Neste sentido, negando aplicabilidade ao disposto no art. 2º-A da Lei n.

9.494/97, já decidiu o STJ que, "independentemente de autorização especial ou da apresentação de relação nominal de associados, as associações civis, constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, gozam de legitimidade ativa para a propositura de ação coletiva (Resp 805.277/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 23-9-200). Decidiu, ainda, que "a distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LACP. 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 julgador*" (STJ, Resp 411.529/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24-6-2008).

Contudo, caso não se entenda assim, convém mais uma vez ressaltar que a limitação aqui narrada é só para as ações coletivas que, concomitantemente: a) sejam ajuizadas por associações; b) para a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos; e c) no tocante à necessidade de autorização assemblear e relação nominal dos associados (com endereço), só para as ações ajuizadas contra pessoas jurídicas de direito público. Nas ações ajuizadas por MP, Defensoria etc., ou mesmo nas que objetivam tutelar direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, este dispositivo não é aplicável, ainda que a parte demandada seja pessoa jurídica de direito público.

2.7 A coisa julgada no mandado de segurança coletivo

A nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009) rompe com o modelo de coisa julgada nas ações coletivas até aqui estudado, afastando a aplicação dos arts. 103 e 104 do CDC.

Primeiro, pois não faz distinção, para efeitos de coisa julgada *secundum eventum litis*, entre os interesses coletivos ou individuais homogêneos, submetendo, com razão, ambos ao regime da coisa julgada *ultra partes*. De fato, o art. 22, *caput*, da Lei n. 12.016/2009 estabelece que "a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante", de modo que não resta dúvida de que terceiros não integrantes da coletividade autora – ainda que com pretensão correspondente

– possam ser beneficiados pela sentença proferida no *writ* coletivo (não podem!).

Segundo, pois substitui, no concernente à relação entre demandas coletivas (mandado de segurança coletivo) e individuais, o modelo da suspensão da ação individual pelo da desistência. Apesar de o art. 22, § 1º, da Lei n. 12.016/2009, ser expresso no sentido de que "O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais", para que o autor de mandado de segurança individual concomitante se beneficie da coisa julgada advinda da impetração coletiva, deverá requerer a desistência do seu mandado de segurança (e não mais a suspensão) no prazo de 30 dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva nos autos da impetração individual (dever de revelação, este, que é do impetrado), sob pena de não se beneficiar do ali decidido.

> Para alguns autores, em que pese a prescrição legal que impõe a desistência do MS individual, o dispositivo tende a tornar-se letra morta, justamente por ser possível extrair de sua redação uma patente inconstitucionalidade circunstancial. É que, na hipótese de desistência do mandado de segurança individual, com o escopo de se aguardar o resultado do mandado de segurança coletivo para eventual transporte *in utilibus*, se não houver a concessão da ordem na órbita coletiva e já tiver escoado o prazo para se impetrar o mandado de segurança (120 dias), evidente que o autor do mandado de segurança individual sofrerá uma lesão irreparável à sua garantia constitucional de se utilizar do *writ*. A sistemática da tutela coletiva é clara ao prever que a solução dada ao caso coletivo não prejudicará nem obstará o ajuizamento de ações no plano individual. No entanto, a desistência do mandado de segurança individual em prol do coletivo pode trazer consigo evidente prejuízo na esfera individual, vez que pode inviabilizar a própria impetração, quanto mais a discussão do *merito causae*. Assim, haveria – para estes autores – prejuízo de ordem constitucional (art. 5º, LXIX, da CF), de modo que seria adequado considerar a suspensão do mandado de segurança individual, em homenagem à regra geral do microssistema, desconsiderando a regra da desistência para fins de adequá-la à norma constitucional, garantidora do mandado de segurança.

De qualquer modo, voltando à sistemática na Lei n. 12.016/2009, não obstante a crítica dantes tecida, tem-se que, a partir da opção do autor da impetração individual e do resultado do mandado de segurança coletivo, diversos quadros podem ser imaginados:

a) caso haja desistência da impetração individual e a ação coletiva correspondente venha a ser acolhida, o indivíduo simplesmente se habilitará a bem da liquidação/execução da sentença coletiva, de modo que é possível afirmar que é mantido o regime da coisa julgada *in utilibus* no mandado de segurança coletivo;

b) caso haja desistência da impetração individual e a impetração coletiva correspondente venha a ser desacolhida, nada impedirá que o indivíduo que não participou como assistente litisconsorcial da impetração (art. 94 do CDC) – que não pode ser prejudicado pela coisa julgada coletiva negativa (transporte *in utilibus*) – impetre novamente o mandado de segurança individual; entretanto, como o prazo para a impetração é exíguo (120 dias) e tem natureza decadencial (art. 23 da Lei n. 12.016/2009) – não se interrompendo ou se suspendendo pelo curso da ação coletiva –, só restará ao interessado o ajuizamento de ação cognitiva de procedimento comum para a tutela do seu interesse (*vide* a crítica dos parágrafos anteriores);

c) caso o interessado, entretanto, opte por não desistir da sua impetração individual na pendência do mandado de segurança coletivo (e a lei lhe faculta isto), não haverá a mínima possibilidade de se beneficiar do que nele restar decidido, uma vez que o sistema preferiu a coisa julgada individual à coletiva, conforme já nos referimos anteriormente.

É conveniente que se destaque que nada impedirá o indivíduo de, na pendência de mandado de segurança coletivo correspondente, impetrar mandado de segurança individual. Tal ato, que não é obstado pelo sistema (até pela inexistência de litispendência entre mandado de segurança coletivo e individual), simplesmente indica que o particular não tem interesse em se aproveitar do resultado do processo coletivo.

No mais, vale a nota de que, apesar da omissão do art. 22 da Lei n. 12.016/2009, impera, no âmbito do mandado de segurança coletivo, até pela interpretação integrativa que se deve dar ao Sistema processual coletivo (art. 103, II, do CDC), o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, que autoriza novas impetrações coletivas, ao menos no âmbito do mandado

de segurança coletivo para a tutela dos interesses coletivos *stricto sensu*, quando o primitivo mandado de segurança coletivo tiver sido desacolhido por falta de prova pré-constituída.

O grande problema prático que surge a partir desta afirmação é que será muito provável a ocorrência da decadência quando da repropositura da impetração coletiva para a tutela dos interesses coletivos, ainda que fundada em prova nova e pré-constituída, uma vez que o prazo decadencial de 120 dias, estabelecido no art. 23 da lei, provavelmente terá se esvaído.

Por fim, para os mandados de segurança coletivos que tutelam interesses individuais homogêneos, até pelo que consta do art. 103, III, do CDC, não se aplica o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, de modo que a improcedência ou a carência da impetração coletiva (falta de prova pré-constituída) não permite mais a repropositura da ação coletiva, preservadas, apenas, as pretensões individuais.

2.8 A coisa julgada na ação civil de improbidade administrativa

Também no âmbito da ação civil de improbidade administrativa, algumas considerações sobre a coisa julgada merecem ser feitas, vez que há, em doutrina, duas posições a respeito do tema.

Uma primeira gama de autores entende que a ação civil de improbidade administrativa (ou, como alguns preferem, ação civil pública de improbidade administrativa) segue integralmente o regime do microssistema processual coletivo. Isto porque, como não há previsão a respeito do tema na Lei n. 8.429/92, e por ser a ação civil de improbidade administrativa típica representante das ações coletivas para a tutela dos direitos e interesses difusos (a probidade administrativa é uma espécie de moralidade administrativa), a coisa julgada seguiria o padrão do art. 103, I, do CDC (*erga omnes* e *secundum eventum probationis*).

> Desacolhida uma ação civil de improbidade administrativa por falta de provas de que o agente público enriqueceu-se ilicitamente às custas do erário (art. 9º da Lei n. 8.429/92), nada impediria que, oportunamente, diante de prova nova (uma gravação em vídeo do momento da apropriação patrimonial, por exemplo), houvesse repropositura da demanda coletiva, não só para reparação dos danos experimentados, mas

também para aplicação ao agente ímprobo das sanções do art. 12, I, da Lei n. 8.429/92 (suspensão dos direitos políticos, perda do cargo, proibição de contratar com o Poder Público, multa etc.).

Já um segundo grupo de autores – ao qual nos filiamos parcialmente – entende que, apesar de não haver previsão legal, na Lei n. 8.429/92, do regime da coisa julgada na ação civil de improbidade administrativa – o que levaria, em princípio, à aplicação do microssistema, como sustentado na primeira posição –, há particularidades nesta seara que impedem a transposição das normas. Afinal, é pacífico o entendimento de que a ação civil de improbidade administrativa, sem embargo do caráter reparatório, traz consigo evidente caráter sancionatório. Assim, diante da natureza punitiva (direito administrativo sancionatório), o regime da coisa julgada, ao menos no que se refere a esta natureza, deveria seguir o padrão do processo civil individual (no nosso sentir, do processo penal), e não do processo coletivo (microssistema).

Para os adeptos desta segunda posição, a coisa julgada na ação civil de improbidade administrativa seria *pro et contra* no tocante à aplicação das sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/92 (inclusive nos casos de falta de prova), não se aplicando o modelo da coisa julgada *secundum eventum probationis* do art. 103, I, do CDC. Só seria aplicável o modelo do microssistema (art. 103, I, do CDC – coisa julgada *secundum eventum probationis*) quanto ao pleito de reparação de danos, que, uma vez desacolhido por falta de provas, poderia dar ensejo, diante de prova nova, ao ajuizamento de outra ação coletiva para tanto (mas não para aplicação de sanções).

O modelo da coisa julgada coletiva nas ações civis de improbidade administrativa também se distanciaria do modelo do microssistema (art. 104 do CDC) porque não há neste quadrante transporte *in utilibus* da coisa julgada. Os únicos beneficiados pela sentença nela proferida, ao menos em princípio, seriam a moralidade administrativa e o erário público, objetividades jurídicas tuteladas pelo modelo. Assim, como regra, não haveria como um particular transportar para a esfera individual a decisão na ação de improbidade que condenou o agente ímprobo a reparar o patrimônio

público.

> Alguns autores sustentam a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa à esfera ambiental, de modo a punir eventuais agentes públicos que causassem danos ao meio ambiente também à luz da Lei n. 8.429/92. Admitida tal tese (que atualmente conta com a nossa simpatia), seria possível excepcionar o parágrafo anterior, para apontar que, nestas hipóteses, reconhecida a culpa do agente pelo ato ímprobo, poderia haver responsabilização dele (e eventualmente do órgão público do qual faz parte), via transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, na esfera individual.

Por fim, em tema de improbidade administrativa, não há espaço para a discussão sobre a aplicabilidade do art. 16 da Lei n. 7.347/85 (limitação territorial dos efeitos da coisa julgada), vez que, aqui, inexiste extensão dos efeitos da coisa julgada para beneficiar, ao menos do ponto de vista patrimonial (reparação dos danos), pessoas outras que não a entidade pública cujo patrimônio foi lesado pela conduta ímproba.

Capítulo 10

Relação entre Demandas Coletivas

1. Relação entre demandas individuais

Duas ou mais ações podem se relacionar (ter ligação entre si) em virtude da identidade total ou parcial dos seus elementos (partes, pedido e causa de pedir).

Quando ocorrer a *identidade total dos elementos da ação – i.e.*, identidade de partes, de pedido e da causa de pedir –, estaremos diante dos fenômenos da coisa julgada e da litispendência (art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC). A diferença entre uma e outra advém do fato de que, na coisa julgada, um dos processos já se encerrou com decisão de mérito (art. 269 do CPC). Como não é mais cabível recurso ordinário ou extraordinário contra ela, os efeitos da decisão restam imutabilizados (art. 467 do CPC). Na litispendência, os feitos idênticos correm simultaneamente, sem que um deles tenha chegado ao fim (art. 301, § 3º, do CPC).

Mas pode ocorrer, também, a *identidade parcial dos elementos* entre ações individuais. Haverá conexão quando entre as ações houver identidade de pedidos ou de causas de pedir (art. 103 do CPC). Já a continência ocorrerá quando, além da identidade de partes e de causas de pedir entre ações, o pedido de uma delas seja maior do que o da outra já ajuizada (art. 104 do CPC).

No processo individual, ocorrendo a *identidade total dos elementos* entre várias ações (litispendência ou coisa julgada), haverá extinção dos feitos repetidos sem apreciação do mérito (art. 265, V, do CPC). De fato, não faz sentido que o Judiciário, como regra, pronuncie-se definitivamente, pelo

mérito, mais de uma vez, sobre a mesma questão, de modo que o sistema deve preservar apenas um processo para julgamento, ou eventualmente a decisão de mérito que nele já foi proferida.

Havendo, entretanto, a *identidade parcial dos elementos da ação* (conexão e continência), é recomendável, à luz da economia processual e da identidade de soluções, que estas demandas sejam julgadas pelo mesmo juízo. É o que dispõe o art. 105 do CPC, a autorizar o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, a ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

> Pode acontecer de a reunião das ações para julgamento conjunto não ser possível ou recomendável. É o que ocorre quando processos semelhantes (identidade parcial de elementos) se encontram em instâncias distintas. Nestes casos, embora haja conexão ou continência, não haverá a reunião dos processos para julgamento conjunto, conforme reza o art. 115 do CPC (*vide* a Súmula 235 do STJ). Mas é recomendável que o juiz da causa mais nova suspenda o curso da demanda para aguardar o julgamento da causa com andamento mais adiantado (art. 265, IV, do CPC), evitando-se, com isto, a prolação de decisões contraditórias (embora o sistema conviva diuturnamente com elas).

Com a unificação das demandas em virtude da identidade parcial de elementos, ocorre uma das hipóteses do fenômeno conhecido como *causas de modificação de competência*. Afinal, parte das ações semelhantes deverá ser deslocada ao juízo prevento para conhecer de todas, juízo este que é aferível conforme as regras do art. 106 (despacho positivo – entre juízes da mesma Comarca/Subseção) e do art. 219 (citação – entre juízes de Comarcas/Subseções diversas), ambos do CPC.

> A modificação de competência por conta da conexão e da continência (art. 105 do CPC) só se opera, como regra, nos critérios de competência relativa (territorial e valorativa). Tratando-se de critério de competência absoluta (funcional/hierárquico e material), ainda que haja conexão/continência, os processos não podem ser unificados, sob pena de nulidade (já que, com a unificação, um dos processos será julgado por juiz absolutamente incompetente). Assim, não haverá unificação de um

processo em curso na Justiça Federal com outro conexo (*v.g.*, mesma causa de pedir) em curso na Justiça Estadual. Nestes casos, como referido acima, admite-se, no máximo, a suspensão de um dos processos para aguardar o julgamento do outro.

No Brasil, prevalece largamente a teoria dos elementos da ação (tríplice *eadem*) para identificar a relação entre demandas (*vide* art. 301 e parágrafos do CPC). Mas não se pode negar que esta teoria não resolve todos os problemas práticos do cotidiano, especialmente nas hipóteses em que o sistema admite a formação de litisconsórcio facultativo unitário, por força da existência de autorização legal para o exercício, em nome próprio, de direito alheio (legitimação extraordinária – art. 6º do CPC). Para estes casos, alguns autores têm sugerido a substituição da teoria da identidade dos elementos pela da identidade da relação jurídica material, de modo a relacionar as demandas conforme o direito material em debate.

Seria o caso de um condômino que, podendo demandar individualmente ou em conjunto com os demais condôminos pela proteção da coisa (art. 1.314 do CC), acaba por fazê-lo sozinho. Pela aplicação da teoria da identidade dos elementos da ação, nova ação ajuizada por outro condômino deveria ser processada, já que a modificação da parte afastaria a litispendência ou a coisa julgada, embora possa haver conexão (caso a primitiva ação ainda tenha sido julgada, de modo definitivo, pelo mérito). Caso, entretanto, seja aplicada a teoria da identidade da relação jurídica material, será facilmente aferível que o direito material debatido em ambas as ações é exatamente o mesmo. Para esta teoria, o caso não seria de conexão, mas, sim, de verdadeira litispendência ou coisa julgada (caso a primitiva ação já tenha sido julgada, de modo definitivo, pelo mérito).

2. Relação entre demandas coletivas e individuais

No âmbito das relações entre demandas coletivas e individuais – e seguindo a linha doutrinária majoritária que define esta relação a partir dos elementos das ações –, haverá mudanças não propriamente quanto aos critérios para a definição das hipóteses de coisa julgada, litispendência, conexão e continência, mas especialmente quanto aos efeitos de tais

ocorrências para as demandas (extinção ou unificação para julgamento conjunto).

2.1 Identidade total de elementos entre ação coletiva e individual

Preservadas posições em sentido contrário, entendemos que **nunca** ocorrerá a identidade total de elementos de uma ação coletiva com outra(s) individual(is).

As partes processuais, ao menos formalmente, são distintas, embora, eventualmente, os substituídos pelo autor coletivo (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC) – especialmente nas ações coletivas para a tutela dos direitos individuais homogêneos – sejam os mesmos. Isto já seria o suficiente para afastar a identidade total dos elementos da ação e não permitir a ocorrência de coisa julgada e litispendência.

> Certamente se objetará que, tendo havido uma ação coletiva julgada procedente (direitos individuais homogêneos), o indivíduo (vítima ou sucessores) não poderia ajuizar ação individual com o mesmo pedido e causa de pedir, já que, diante da coisa julgada coletiva, não haveria sentido no processamento da ação individual. Realmente isto ocorrerá, mas o impedimento para o processamento da ação individual tem muito pouco a ver com a suposta ocorrência do fenômeno da coisa julgada. Em realidade, diante da possibilidade legal do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual (art. 103 e parágrafos do CDC), a pretensão individual cognitiva será extinta, sem julgamento do mérito, muito mais pela falta de interesse processual (adequação e necessidade). Afinal, já havendo título executivo judicial, o autor não necessita do processo de conhecimento, sendo mais adequada a liquidação/execução da pretensão individual (art. 267, VI, do CPC).

Mas, além disto, o pedido da ação coletiva nunca será igual ao da ação individual.

De fato, em se tratando de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* (direitos e interesses naturalmente coletivos), a pretensão formulada na ação coletiva será a defesa de um interesse metaindividual (meio ambiente, moralidade administrativa, condições de trabalho etc.). Já na ação individual,

o pedido será a defesa de um direito ou interesse de tal natureza (reparação de danos, em regra), na medida em que o particular não tem, pelo sistema brasileiro, legitimidade para a defesa de interesses metaindividuais (à exceção da ação popular, em que na verdade não defende direito próprio).

Da mesma forma, se a ação coletiva for para a tutela dos direitos individuais homogêneos (direitos e interesses acidentalmente coletivos) – quando então, em tese, poderia haver identidade da pretensão coletiva com a individual –, o pedido formulado será genérico (art. 95 do CDC), ilíquido, em benefício de todas as eventuais vítimas ou sucessores. Na ação individual correspondente, eventualmente ajuizada, o pedido será particularizado, provavelmente líquido, não restando dúvida, portanto, da diversidade deste elemento da ação.

Se estes argumentos não forem suficientes para convencer o leitor da impossibilidade da ocorrência de identidade total dos elementos de uma ação coletiva com outra(s) individual(is), resta o argumento de autoridade legal. O art. 104 do CDC é claríssimo no sentido de que "As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais". Apesar da falta de menção ao art. 81, parágrafo único, III, do CDC (direitos individuais homogêneos), é evidente que esta regra também se aplica a ele.

2.2 Identidade parcial de elementos entre ação coletiva e individual

Plenamente possível a ocorrência de identidade parcial de elementos entre uma ação coletiva e outra(s) individual(is), embora só na modalidade conexão (art. 103 do CPC).

Com efeito, facilmente imaginável uma ação coletiva, de qualquer natureza, em que a causa de pedir (fundamentos de fato e de direito do pedido) seja igual ao de outra(s) ação(ões) individual(is), o que implica conexão (art. 103 do CPC).

> Basta imaginar uma ação civil pública ambiental para tutela do meio ambiente em virtude da poluição ocasionada por uma empresa (direitos difuso), concomitante com uma ação individual de um vizinho da empresa, pedindo reparação de danos à saúde experimentados pela mesma poluição. Ou uma ação coletiva em favor de poupadores

prejudicados por expurgos inflacionários de planos econômicos, concomitante a uma ação individual com idênticos fundamentos (embora com pedido líquido no valor de R$ 5.000,00).

Diversamente, entretanto, do processo individual – em que a conexão acarretará, em regra, a unificação dos processos para julgamento conjunto (art. 105 do CPC) –, na relação entre ação coletiva e ação individual conexa o Sistema processual coletivo optou pelo modelo da suspensão do processo individual, que aguardará o pronunciamento da ação coletiva correspondente.

Como já vimos, esta suspensão pode ser realizada de modo facultativo (art. 104 do CDC). Mas também pode se operar judicialmente (oficiosamente), com o juiz da ação individual determinando a suspensão (Resp 1.110.549/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28-10-2009) (*vide* item 2.3 do Capítulo 9, *supra*).

Realizada a suspensão (facultativa ou judicial) e acolhida a ação civil pública (especialmente para a tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos), a ação individual cognitiva é convertida em liquidação/execução de sentença. Do contrário, julgada improcedente a ação coletiva, tem seguimento o processamento da ação individual (que pode até vir a ser acolhida ao final).

Parece pertinente chamar a atenção do leitor para o fato de que o art. 104 do CDC, ao falar da suspensão da ação individual para aguardar o julgamento da ação coletiva, só faz referência ao art. 103, II e III, do CDC. Isto pode querer significar que, apenas nas hipóteses de ações coletivas para a tutela dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos direitos individuais homogêneos, é possível a suspensão da ação individual. Não nos parece ser esta a melhor interpretação. Nas ações coletivas para a tutela dos direitos difusos, é também possível que a parte – ou mesmo o juiz da causa individual, pensamos – possa suspender a ação individual para aguardar o julgamento da ação coletiva de mesma causa de pedir. Portanto, o art. 104 do CDC, embora não autorize, também não veda a suspensão da ação individual para se aguardar o julgamento da ação coletiva para a defesa dos interesses e direitos difusos.

Pensamos que **nunca** haverá continência entre ações coletivas e

individuais.

As partes processuais, ao menos formalmente, são distintas, embora, eventualmente, os substituídos pelo autor coletivo (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC) – especialmente nas ações coletivas para a tutela dos direitos individuais homogêneos – sejam os mesmos. Isto já seria o suficiente para afastar a ocorrência da continência (que exige identidade de partes).

Mas, além disso, não nos parece possível que o pedido de uma das ações seja maior do que o da(s) outra(s), como exige o art. 104 do CPC.

Pois, em se tratando de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* (direitos e interesses naturalmente coletivos), a pretensão formulada na ação coletiva será a defesa de um interesse metaindividual (meio ambiente, moralidade administrativa, condições de trabalho etc.). Já na ação individual, o pedido será a defesa de um direito ou interesse de tal natureza (reparação de danos, em regra), na medida em que o particular não tem, pelo sistema brasileiro, legitimidade para a defesa de interesses metaindividuais (à exceção da ação popular, em que na verdade não defende direito próprio).

Da mesma forma, se a ação coletiva for para a tutela dos direitos individuais homogêneos (direitos e interesses acidentalmente coletivos) – quando então, em tese, poderia haver identidade da pretensão coletiva com a individual –, o pedido formulado será genérico (art. 95 do CDC), ilíquido, em benefício de todas as eventuais vítimas ou sucessores. Na ação individual correspondente, eventualmente ajuizada, o pedido será particularizado, provavelmente líquido, não restando dúvida, portanto, da impossibilidade de um estar contido no outro.

3. Relação entre demandas coletivas

No âmbito das relações entre demandas coletivas – e seguindo a linha doutrinária majoritária que define esta relação a partir dos elementos das ações –, haverá mudanças não propriamente quanto aos critérios para a definição das hipóteses de coisa julgada, litispendência, conexão e continência, mas especialmente quanto aos efeitos de tais ocorrências para as demandas (extinção ou unificação para julgamento conjunto).

Convém destacar, também, que, quando se pensa em relação entre demandas coletivas, pouco importam o procedimento ou a espécie da demanda relacionada. Possível, portanto, que as situações a seguir sejam visualizadas na identidade de elementos entre ações civis públicas, entre

estas e ações populares ou ações civis de improbidade administrativa, ou entre qualquer uma delas e um mandado de segurança coletivo etc.

3.1 Identidade total de elementos entre ações coletivas

Plenamente possível tanto a ocorrência de coisa julgada quanto também de litispendência entre duas ações coletivas (pouco importa a espécie).

Basta imaginar a ocorrência de uma ação civil pública julgada procedente, ou mesmo improcedente por fundamentos diversos da falta de prova. Ajuizada outra ação pelo mesmo legitimado ativo (MP, Defensoria, cidadão na ação popular etc.), com os mesmos pedidos e idênticos fundamentos de fato e de direito (causa de pedir), não será possível o processamento dela diante da coisa julgada. A ação seguinte será extinta, sem julgamento do mérito, na forma do art. 265, V, do CPC.

> Importante, entretanto, relembrar que, nas ações para a tutela dos direitos e interesses naturalmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), o sistema adotou o padrão da coisa julgada *secundum eventum probationis*, de modo a permitir a repropositura da ação, com os mesmos elementos, presente prova nova (art. 103, I e II, do CDC) (*vide* item 2.1 do Capítulo 9, *supra*). E também vale lembrar que a coisa julgada coletiva impede a repropositura de outras ações coletivas idênticas, não de ações individuais (salvo na hipótese do art. 94 do CDC).

Se é possível a ocorrência da coisa julgada, por óbvio também é possível a ocorrência da litispendência, já que o traço distintivo entre ambas é, simplesmente, o momento da propositura (após o trânsito em julgado da primitiva ação ou antes dele).

Na litispendência, contudo, há uma dificuldade adicional; não no tocante ao pedido ou à causa de pedir, que precisam ser idênticos nas várias ações para que se operacionalize o fenômeno. A dificuldade adicional se encontra no elemento da ação parte, vez que, invariavelmente, as autoras das diversas ações coletivas são formalmente pessoas distintas (MP, Defensoria, Associações, cidadãos distintos etc.), mas que materialmente tutelam os direitos e interesses da mesma coletividade.

Pensamos que, se as partes formais forem exatamente as mesmas, a me

lhor solução é a extinção de um dos processos, sem julgamento do mérito (art. 265, V, do CPC), pela inexistência de sentido no processamento de várias ações concomitantes da mesma parte, exatamente pelos mesmos fins e fundamentos. É o que ocorreria com várias ações populares idênticas propostas pelo mesmo cidadão; ações civis públicas idênticas propostas pelo MP ou Defensoria Pública de um mesmo Estado (ainda que por representantes diversos, vez que ambos agem em nome da instituição); ou mesmo vários mandados de segurança coletivos idênticos ajuizados pelo mesmo partido político.

Já se as partes formais forem distintas, ainda que haja identidade da parte material (na verdade, dos titulares do direito material tutelado pela ação), pensamos que a melhor posição é a que afasta a ocorrência da litispendência e reconhece, conforme veremos adiante, a conexão (com determinação para julgamento conjunto ou suspensão de parte das ações semelhantes). Não haveria litispendência, assim, entre ações populares ajuizadas por cidadãos distintos, ainda que o pedido e a causa de pedir fossem idênticos; ou mesmo entre várias ações civis públicas, cada uma ajuizada pelo Ministério Público ou Defensoria Pública de um Estado distinto da federação.

Para nós, portanto, a identidade de parte formal é indispensável para a ocorrência da litispendência e para a extinção dos processos assim considerados.

> Neste tema, boa parte da doutrina entende que, em realidade, há mesmo litispendência entre as ações coletivas que tenham identidade de pedidos e de causas de pedir, ainda que as partes formais sejam distintas. O que varia entre os autores que adotam esta concepção é o efeito prático da ocorrência desta espécie anômala de litispendência (em que formalmente as partes são distintas). Para uma primeira posição, minoritária, o caso seria de extinção das ações coletivas litispendentes, caso em que os autores das ações extintas poderiam se habilitar como litisconsortes do autor da ação que foi preservada (art. 5º, §§ 2º e 5º, da Lei n. 7.347/85). Já para outros autores, que compõem a ala majoritária nesta questão, as ações litispendentes não seriam extintas, como impõe o art. 265, V, do CPC, mas, sim, reunidas, no juízo prevento, para julgamento conjunto. Se isso não for possível, dizem eles, ocorreria a suspensão das ações coletivas idênticas para aguardar o pronunciamento da que estivesse em

estágio mais adiantado (art. 265, V, do CPC). Os efeitos práticos da adoção desta última posição e da nossa são idênticos (unificação dos processos para julgamento conjunto ou suspensão de parte deles), de modo que não vemos sentido em sustentar que há litispendência, quando se reconhece a incidência dos efeitos processuais da conexão. Nossa posição é a melhor, *maxima venia*.

3.2 Identidade parcial de elementos entre ações coletivas

Aqui também parece fácil a compreensão da possibilidade de diversas ações coletivas, pouco importando o procedimento ou a espécie, com identidade de pedidos ou de causas de pedir (conexão), ou mesmo com identidade de partes (formais) e de causas de pedir e com o pedido de uma delas sendo mais abrangente do que o da outra (continência).

Em todos estes casos, será ordenada a reunião destas diversas ações coletivas para julgamento conjunto (art. 105 do CPC) ou, não sendo isto possível, a suspensão delas para aguardar o julgamento daquela que estiver mais adiantada (art. 265, IV, do CPC).

Além das hipóteses de conexão pela identidade de pedidos e de causas de pedir, embora com diversidade de partes formais – como vimos no item precedente –, podemos imaginar diversas outras situações práticas da ocorrência de conexão e continência entre ações coletivas. Por exemplo, apesar de não haver propriamente identidade entre os pedidos de uma coletiva para tutela dos difusos e de outra para individuais homogêneos, se fundadas no mesmo evento (causa de pedir), haverá conexão, sendo conveniente a reunião de ambas para julgamento conjunto ou, não sendo isto possível, a suspensão da tutelar dos direitos individuais para se aguardar o julgamento da referente aos direitos difusos. Ou mesmo diversas ações populares, ajuizadas pela mesma parte formal (mesmo indivíduo) e sob idênticos fundamentos, uma com o pedido mais abrangente do que o da outra.

De acordo com a majoritária jurisprudência, não há necessidade de identidade absoluta entre as partes, pedidos e fundamentos das várias ações

coletivas para fins de estabelecimento da conexão. Admite-se que entre elas haja, apenas, um liame que as torne passíveis e recomende decisões conjuntas (STJ, CC 19.686/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 10-9-1997).

> Neste sentido, o STJ, no julgamento do CC 19.686/DF, cujo Relator foi o Ministro Demócrito Reinaldo (j. 10-9-1997), asseverou que, para fins de ações coletivas (no caso se tratava de duas ações populares), "a configuração da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que entre elas preexista um liame que justifique o julgamento conjunto". No mesmo julgado supramencionado, deixou-se assentado que, com a junção das causas conexas, pretende-se evitar decisões contraditórias, pois o "acatamento e respeito às decisões da justiça constituem o alicerce do Poder Judiciário que se desprestigiaria na medida em que dois ou mais juízes proferissem decisões conflitantes sobre a mesma relação jurídica ou sobre o mesmo objeto da prestação jurisdicional". Esta é a razão pela qual se tem admitido a junção de ação popular e ação civil pública de mesmo objeto para julgamento conjunto. Afinal de contas, embora formalmente as partes sejam distintas (em uma, o cidadão; na outra, os legitimados do art. 82 do CDC c.c. art. 5º da Lei n. 7.347/85), materialmente ambas são substitutas processuais (art. 6º do CPC), agindo em nome próprio na defesa de interesse alheio (STJ, CC 3911/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Helio Mosiman, j. 15-6-1993).

4. Critério para reunião de demandas coletivas relacionadas

O art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/65, traz regra que estabelece o juízo da propositura da primeira ação popular como o prevento para outras ações coletivas ajuizadas contra as mesmas partes e com o mesmo fundamento (causa de pedir). E, em sentido semelhante (não idêntico), até de forma mais abrangente (já que não exige identidade de partes), o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, prevê a prevenção do juízo onde proposta a primeira ação civil pública para todas as ações coletivas conexas posteriormente intentadas (redação pela MP 2.180-35, de 24-8-2001, com efeitos perenizados pela EC n. 32).

Tais regras definem o que alguns autores – principalmente os comentadores da ação popular – têm chamado, por analogia à Lei de Recuperação Judicial e Falência (art. 76 da Lei n. 11.101/2005), de juízo universal das ações coletivas. Analogia errada, diga-se de passagem. O juízo universal pressupõe a concentração, no juízo da ação, de (quase) todas as demandas relacionadas à parte (Massa Falida). No caso do processo coletivo, apenas as ações coletivas semelhantes, e não todas (ações individuais relacionadas, por exemplo), concentram-se no juízo prevento.

A partir destas regras, resta claro que, *em sendo possível e recomendável*, as ações coletivas conexas ou continentes (sejam elas duas ações populares, duas ações civis públicas, ou uma ação popular e uma civil pública) serão reunidas no local onde foi proposta (distribuída – art. 263 do CPC) a primeira ação coletiva. Afasta-se, assim, o regime geral do Código de Processo Civil, que define a prevenção a partir do despacho positivo da inicial (cite-se) (art. 106 do CPC) ou da citação (art. 219 do CPC), aplicando-se as regras próprias do microssistema processual coletivo.

A questão, entretanto, parece não ser totalmente clara no âmbito do STJ. No julgamento do CC 39.595/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, j. 18-102004, entendeu-se que "a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), em seu art. 5º, § 3º, definiu a propositura da ação como o marco para a prevenção do juízo". Contudo, ao definir qual seria o momento desta propositura, acabou ignorando o disposto no art. 263 do CPC e aplicando as regras dos arts. 106 e 219 do CPC, para definir, no caso, o juízo do local em que houve a primeira citação (e não da primeira distribuição) como prevento para as três ações populares. Em outra oportunidade, o STJ entendeu, corretamente, como prevento o juízo onde foi distribuída a primeira ação coletiva, pouco importando se as ações que se seguiram foram ajuizadas em juízo de mesma competência territorial ou não (não havendo aplicação, pois, das disposições dos arts. 106 e 219 do CPC). Restou decidido que "em se tratando de ações civis públicas intentadas em juízos diferentes, contendo, porém, fundamentos idênticos ou assemelhados, com causas de pedir e pedidos iguais, deve ser fixado

como foro competente para processar e julgar todas as ações, pelo fenômeno da prevenção, o juízo a quem foi distribuída a primeira ação" (STJ, CC 22.693/DF, Rel. Min. José Delgado, j. 9-12-1998, *DJ* 19-4-1999). E ainda: "a prevenção, se tratando de ação civil pública, é determinada pela propositura da ação, consoante art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85. Deve-se reconhecer a precedência do juízo onde foi proposta a primeira ação coletiva, ainda que tenha declarado extinto o feito, sem irresignação das partes interessadas, se tal decisão foi submetida ao duplo grau de jurisdição" (STJ, CC 39.950/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 15-9-2003).

Conforme veremos adiante, as regras que fixam a competência territorial nas ações coletivas são, de acordo com a maioria da doutrina, de natureza absoluta (art. 113 do CPC). Não deveriam, portanto, permitir a reunião das ações para julgamento conjunto, vez que, diante de tal critério, não é possível a prorrogação de competência. Contudo, as ações coletivas – conforme regra do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, e do art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/65 – vão excepcionar este padrão do processo individual, para permitir, ainda que reconhecida a competência territorial absoluta, a reunião das demandas conexas e continentes para julgamento conjunto. A decisão proferida pelo juízo prevento, nos casos em que possível a reunião, terá efeitos, inclusive, nos territórios das demais Comarcas ou Subseções Judiciárias remetentes dos processos reunidos.

Não só para facilitar a reunião das ações coletivas para julgamento conjunto, mas também para aferir a própria ocorrência de litispendência e coisa julgada, o PL 5.139/2009 propõe a criação de um cadastro nacional de processos coletivos: "Art. 53. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas. § 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos. § 2º No prazo de noventa dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça editará

regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores. § 3º O regulamento de que trata o § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução". Não temos dúvida alguma em apontar que foi inspirado em tal proposta que o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução Conjunta n. 2 (de 21-6-2011), criaram, mesmo à míngua de previsão legal, o Cadastro Nacional de ações coletivas.

Capítulo 11

Competência nas Ações Coletivas

1. Jurisdição, competência e critérios de aferição

A competência nada mais é do que a aptidão que tem o órgão jurisdicional para a aplicação da Jurisdição no caso concreto.

Diferentemente da Jurisdição de que é investido todo aquele empossado como magistrado (seja por meio de concurso público ou de indicação de natureza política, como ocorre com os Ministros dos Tribunais Superiores), para um órgão ser competente para dado processo, é indispensável que haja uma regra constitucional e/ou infraconstitucional que lhe indique como o juízo natural da demanda.

Assim, pode se dizer que todo órgão do Poder Judiciário (e até alguns fora dele, como ocorre com o Senado nos crimes de responsabilidade do Presidente da República, com os árbitros nas arbitragens etc.) tem Jurisdição. Mas só aquele indicado previamente pela lei como o apto para a causa tem competência.

Internamente (afastadas, portanto, as hipóteses de Jurisdição Internacional), quatro critérios devem ser investigados para a definição de qual órgão judicial é competente para dada demanda. Tais critérios são válidos também para as ações coletivas: a) critério funcional (*ratione personae*); b) critério material (*ratione materiae*); c) critério valorativo (*ratione valoris*); e d) critério territorial (*ratione loci).*

Regra geral, diz-se que os dois primeiros critérios (funcional/hierárquico e material) são de competência absoluta, com regime jurídico regido pelo art. 113 do CPC, pois criados em favor da proteção do interesse público. Os

outros dois (valorativo e territorial) se integrariam ao conceito de competência relativa, com regência nos arts. 112 e 114 do CPC, visto serem normas muito mais tendentes a acobertar o interesse particular de uma das partes do que propriamente tutelar interesse que tenha relevância pública.

Tal catalogação, contudo, não condiz com a boa técnica. O que é determinante para que dado critério eleito pelo legislador como fixador de competência se enquadre no regime da competência absoluta ou relativa é a proteção ao interesse público, e não em qual categoria previamente se encaixe. Regras de competência criadas em favor do interesse público, pouco importando se baseadas no valor da causa ou no local dos fatos ou domicílio das partes, são regidas pelo regime jurídico da competência absoluta (art. 113 do CPC), com possibilidade de o juiz conhecer de ofício de sua incompetência a qualquer momento e grau de jurisdição, sendo nulos todos os atos decisórios praticados.

O art. 95 do CPC, por exemplo, embora integrante do critério territorial, é norma criada em favor do interesse público de que o juiz do foro de situação da coisa julgue a ação de direito real imobiliário, pois se entende que tem ele melhores condições de aquilatar a extensão do litígio, dando melhor solução à demanda. Logo, o regime jurídico aplicável a estes casos é o da competência absoluta (art. 113 do CPC), tanto quanto ocorre com o art. 2º da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e com o art. 209 do ECA (Lei n. 8.069/90), entre outros. Nulos são, portanto, os atos decisórios praticados pelo juiz incompetente, sendo-lhe lícito, por conseguinte, encaminhar de ofício os autos ao órgão jurisdicional competente.

Diga-se o mesmo sobre o art. 3º, § 3º, da Lei n. 10.259/2001 e o art. 2º, § 4º, da Lei n. 12.153/2009 (Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública). Apesar de ter eleito o critério valorativo como sendo o preponderante para fins de fixação da competência dos Juizados, os citados diplomas expressamente apontam que o regime aplicável ao caso é o de competência absoluta, pois é de interesse público que as ações de valor inferior a 60 salários mínimos sejam necessariamente processadas e julgadas por estes Juizados.

2. Critério funcional

O presente critério sempre é o primeiro a ser analisado para fins de fixação de competência. É critério de dupla faceta, que identifica os casos de foro privilegiado (*ratione personae*) e de prevenção.

2.1 Foro privilegiado

Basicamente, as regras que estabelecem foros privilegiados são previstas na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, observando-se a regra da simetria.

Há foro privilegiado no mandado de segurança coletivo contra certas autoridades (arts. 102, I, *d*; 105, I, *b*, 108, *c*; 114, IV, todos da CF) e nas ações contra o Conselho Nacional da Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 102, I, *r*, da CF).

Assim, mandado de segurança coletivo contra o Presidente da República é ajuizado originariamente no STF; contra Ministro de Estado, no STJ; contra o Governador do Estado, regra geral, nos Tribunais de Justiça; contra os secretários estaduais e prefeitos municipais, onde as Constituições Estaduais determinarem; e assim por diante.

Ações coletivas contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, quaisquer que sejam (inclusive mandado de segurança, ação civil pública ou popular), são de competência do STF, pois o dispositivo constitucional não faz ressalva (art. 102, I, *r*, da CF).

Na ação civil pública e na ação popular, a natureza da autoridade demandada não desloca a competência do primeiro grau, de modo que o juiz federal pode perfeitamente processar e julgar ação popular ou ação civil pública que tenha como réu o Presidente da República, como o juiz de direito tem competência para as mesmas ações cujo demandado seja o Governador do Estado.

> O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou neste sentido, indicando que “a competência para processar e julgar ação popular contra o ato de qualquer autoridade, inclusive daquelas que, em mandado de segurança, estão sob a jurisdição desta Corte, originariamente, é do juízo de primeiro grau de jurisdição” (*JSTF* 103/96).

Tecnicamente, as hipóteses de competência originária do STF nas ações de interesse de toda a magistratura (art. 102, I, *n*, da CF), ou de conflito entre União, Estados e afins (art. 102, I, *f*, da CF), não podem ser lançadas como exceção à regra geral de que as ações civis públicas e populares são sempre processadas em primeiro grau. Afinal, qualquer ação que veicule tal temário, ainda que não seja popular ou ACP, será originariamente ajuizada no STF.

As grandes dificuldades que surgem em tema de foro privilegiado em ações coletivas estão, praticamente, todas no âmbito das ações civis de improbidade administrativa, que, em nosso sentir, não podem ser consideradas ações civis públicas, pela diversidade de objeto, rito etc. (embora o STJ insista no sentido contrário, nominando-as de ações civis públicas de improbidade administrativa).

A regra geral é que estas ações, até por ausência de previsão expressa na Constituição Federal, são processadas em 1ª instância tanto quanto as ações populares e civis públicas em geral.

O problema surge quando o demandado na ação civil de improbidade administrativa é agente político.

O STF, no julgamento da Reclamação 2138, por apertada maioria de votos (6 X 5), entendeu que não cabe ação civil de improbidade administrativa contra agente político cuja responsabilização político-administrativa esteja prevista na Lei n. 1.079/50 (Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF, Procurador Geral da República, Governador e Secretários de Estado etc.), sob pena de indevido *bis in idem*. O próprio STF, entretanto, em inúmeros precedentes posteriores, estabeleceu que a decisão proferida nesta reclamação não era vinculante e que só contemplava os agentes indicados na Lei n. 1.079/50, não aqueles não referidos nela (deputados e prefeitos, por exemplo), os quais seriam apenados na forma da Lei n. 8.429/92.

O STJ, em sentido contrário, entendia que, à exceção do Presidente da República – contra quem não cabe apenamento na forma da Lei n. 8.429/92 (art. 85, V, da CF) –, quanto a todos os demais agentes políticos (inclusive aqueles com regime de responsabilização funcional previsto na Lei n. 1.079/50) caberia ação civil de improbidade administrativa. Ressalvava o STJ, todavia, que, diante da natureza reparatória/sancionatória da ação, as regras por prerrogativa de função existentes no âmbito penal deveriam ser seguidas, de modo que os deputados federais fossem julgados pelo STF, os

governadores pelo STJ etc., nunca em 1ª instância.

> Há precedente do STF indicando que, se couber ação de improbidade contra Ministro do STF, só ele tem competência para julgá-la (Pet 3.211/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13-3-2008).
> No julgamento do AgrReg na Reclamação 2.115/AM e Reclamação 2.790/SC, o STJ estabeleceu, respectivamente, que: a) não compete aos juízes de 1º grau julgar improbidade contra membros de tribunais; e que b) cabe, à exceção do Presidente da República (art. 85, V, da CF), ação civil de improbidade administrativa contra todos os agentes políticos cujo regime de responsabilização político-administrativa esteja na Lei n. 1.079/50 (inclusive contra Governador do Estado); mas que há a ocorrência de competência implícita suplementar dos Tribunais Superiores, de modo que compete a eles (e não à 1ª instância) julgar originariamente as ações civis de improbidade administrativa contra aqueles que estão sujeitos à sua jurisdição penal.

Mais recentemente, o STJ parece ter esclarecido um pouco melhor seu entendimento, para dizer que – à exceção do Presidente da República – qualquer agente político (esteja ou não com regime de responsabilização previsto na Lei n. 1.079/50) está sujeito às sanções da Lei n. 8.429/92. E que a competência implícita suplementar dos tribunais para julgá-los originariamente só ocorrerá quando houver risco de aplicação da pena de perda do cargo ao agente político (art. 12 da LIA), caso em que não seria crível que o juiz de 1ª instância, individualmente, decretasse a perda do cargo, inclusive de modo cautelar (*vide* art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92).

> Resumindo. O STJ parece entender que, caso haja o risco de perdimento do cargo pelo agente político ímprobo, a ação civil de improbidade administrativa com foro por prerrogativa de função deve ser processada pelo mesmo juízo com competência para julgamento da questão no âmbito penal (STJ, Rcl 4.927/DF, Corte Especial, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 29-6-2011; STJ, AgRg na Sd 208/AM, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 12-52010). Assim, as ações civis de improbidade administrativa contra prefeitos seriam julgadas pelos TJs,

contra desembargadores pelo STJ, e contra deputados federais e senadores pelo STF, desde que em virtude dela seja possível a decretação da perda do cargo. Para os demais casos em que não há pedido de decretação da perda do cargo, mas apenas a aplicação de outras sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, seja qual for o *status* do agente, a ação civil de improbidade administrativa teria curso na 1ª instância.

2.2 Prevenção

Já a segunda faceta da competência funcional advém da prevenção, isto é, do interesse que o sistema tem de que o juiz de outra ação coletiva, já conhecendo os fatos dos quais também decorre a nova ação, conheça de ambas, proferindo julgamento conjunto.

São regras de competência funcional com base nesta faceta as constantes dos arts. 105, 108, 109, 132, 736 e 800, todos do CPC. Por exemplo, compete ao juiz da ação principal o julgamento da causa acessória; ao da ação o julgamento da reconvenção; ao da ação de conhecimento o julgamento da cautelar; ao da execução o conhecimento dos embargos.

Especificamente na ação popular, o art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/65, traz, de certa forma, uma regra baseada nesta faceta, ao estabelecer que o juízo da primeira ação popular ajuizada se torna prevento para outras ações coletivas ajuizadas contra as mesmas partes e com o mesmo fundamento (causa de pedir). Em sentido semelhante (não idêntico), até de forma mais abrangente (já que não exige identidade de partes), é o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, que prevê a prevenção do juízo onde proposta a primeira ação civil pública (inclusive ambiental) para todas as ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo pedido (redação pela MP 2.180-35, de 24-8-2001, com efeitos eternizados pela EC n. 32).

3. Critério material (*ratione materiae*)

Não havendo competência funcional – o que é a regra nas ações populares e civis públicas –, já se sabe, então, que o processo será distribuído livremente em primeiro grau de jurisdição. Resta saber qual dos órgãos

judiciários de primeiro grau será o competente.

No âmbito cível temos, principalmente, quatro órgãos do Judiciário com competência dividida por matéria (por assunto): as Justiças Eleitoral e Trabalhista (que integram a Justiça Federal especializada) e as Justiças Federal e Estadual (que integram a nominada Justiça Comum).

3.1 Justiça eleitoral

Nos termos do art. 121, da Constituição Federal, a competência da Justiça Eleitoral será definida em lei complementar. Mas, à míngua da existência de lei de tal natureza, é o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65) que, recepcionado pela CF/88 como tal, acaba disciplinando o tema.

Basicamente, a Justiça Eleitoral tem competência, inclusive criminal, para questões envolvendo sufrágio (eleições, referendos, plebiscitos) e questões político-partidárias (filiação, desfiliação, fidelidade partidária etc.). Como regra, qualquer ação que tenha estas causas de pedir será processada na Justiça Eleitoral.

Praticamente impossível que tenhamos, na Justiça Eleitoral, ações populares e de improbidade administrativa. O objeto de ambas não guarda relação com o temário da Justiça Eleitoral.

E muito improvável que tenhamos ações civis públicas, até porque o art. 105-A da Lei n. 9.504/97 (com a redação da Lei n. 12.034/2009) – Lei das eleições – estabelece expressamente que em "matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985".

3.2 Justiça do trabalho

Pela regra do art. 114 da CF (com a redação emprestada pela EC n. 45), a Justiça do Trabalho tem competência para as demandas cuja causa de pedir seja fundada ou decorrente da relação de trabalho, incluindo questões sindicais, direito à greve, reparação de danos morais e materiais etc.

Consequentemente, são de competência desta especializada as ações coletivas que tenham tais causas de pedir, especialmente as que objetivem a proteção do meio ambiente do trabalho, conforme redação da Súmula 736 do Supremo Tribunal Federal (descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores).

> A poluição do meio ambiente de trabalho deve ser entendida como a degradação da salubridade do ambiente que afeta a saúde dos próprios trabalhadores (excesso de gases, poeira, produtos tóxicos, ruídos, irradiações, altas temperaturas etc.). A tutela legal desta situação está na Constituição Federal (arts. 7º, XXII, e 200), CLT (art. 161) e Portaria n. 3.214/78, do Ministério do Trabalho.

Tanto o STF quanto o STJ já se pronunciaram no sentido de ser mesmo da Justiça Laboral a competência para ações coletiva a tutelares meio ambiente de trabalho.

> "Tendo a ação civil pública como causa de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente de trabalho, e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho" (STF, RE 206.220-1/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 163-1999). E: "compete à Justiça Obreira o julgamento de ação civil pública onde se discute o cumprimento, pelo empregador, de normas atinentes ao meio ambiente de trabalho" (STJ, Resp 697.132/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 14-2-2005).

Convém ressalvar, entretanto, que, no julgamento da ADI 3.395-6, o STF deu interpretação ao art. 114, I, da CF, no sentido de excluir, da competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de qualquer causa decorrente de relação de trabalho de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. Por isto, questões relacionadas a meio ambiente do trabalho de servidores não regidos pela CLT, ou mesmo questões relacionadas a greve destes servidores, estão fora da competência da Justiça Laboral (são de competência da Justiça Comum).

3.3 Justiça comum (federal e estadual)

A grande incidência de ações coletivas ocorre mesmo no âmbito da Justiça Comum (federal e estadual).

A Justiça Federal tem sua competência determinada à base de dois elementos da ação: partes ou causa de pedir.

Nos termos do art. 109, I, II, III, VIII e XI, compete à Justiça Federal o

julgamento das causas cíveis: 1) em que a União, autarquias (INSS, agências reguladoras etc.), fundações (FUNAI, Universidades Federais) e empresas públicas federais (Caixa Econômica Federal e Correios), sejam partes ou terceiros intervenientes (parte); 2) em que litigam Estado estrangeiro ou organismo internacional contra Município ou pessoa domiciliada ou residente no país (parte); 3) fundadas em tratado da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (causa de pedir); 4) em mandados de segurança contra autoridade federal (parte); e 5) sobre direitos indígenas (causa de pedir).

Tem se entendido, também, que o Ministério Público Federal é considerado órgão da União para fins de determinação de competência (art. 109, I, da CF), razão pela qual todas as suas ações devem ser ajuizadas na Justiça Federal. Competirá ao juízo federal aferir a legitimidade do MPF para a causa sob a ótica do interesse protegido, remetendo a demanda para a Justiça competente, nos casos em que lhe entender ausente.

> Neste sentido, já se afirmou que "em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando sua legitimação" (CC 40.534/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 17-5-2004). Afinal de contas, a simples "propositura pelo MPF de Ação Civil Pública não é suficiente para a fixação da competência da Justiça federal" (CC 35.980/GO, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 25-2-2004).

Deste modo, havendo concomitância de ações propostas pelo Ministério Público Estadual e pelo Ministério Público Federal, a reunião das ações para julgamento conjunto deverá ocorrer no juízo federal (que tem competência para apreciar os feitos de interesse do MPF) (STJ, CC 112.137/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24-11-2010), ainda que, oportunamente, tenha ele poder para reconhecer a ilegitimidade do MPF e devolver o feito para a Justiça Estadual.

> Embora a jurisprudência seja no sentido da exclusividade da Justiça Federal para apreciar ações civis públicas propostas pelo MPF, a partir do julgamento da Reclamação 7.138 pelo STF (Pleno, Rel. Min. Ellen

Gracie, j. 24-22011) – em que se reconheceu a possibilidade de o Ministério Público Estadual ofertar diretamente reclamação junto ao STF –, pensamos que é admissível se afirmar ser possível ao Ministério Público Estadual demandar perante qualquer órgão do Poder Judiciário (estadual, federal ou nacional, como é o caso do STJ e do STF). Assim, em nosso sentir, a intervenção do MPF acarreta o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Mas o MPE pode ajuizar demandas diretamente na Justiça Federal nos casos de sua alçada, ainda que sem a participação do MPF.

Excluem-se da competência da Justiça Federal, por disposição legal expressa (art. 109, I, da CF), as causas afetas às duas justiças já analisadas nos itens anteriores (eleitoral e trabalhista), bem como as ações de falência e de acidente de trabalho. Assim, mesmo estando em um dos polos da ação órgãos da administração federal, não será competente a Justiça Federal se a causa versar sobre matéria eleitoral, relação de trabalho, ou se o feito for de natureza falimentar ou acidentária típica (cujo demandado é o INSS).

Mesmo diante de financiamento federal de sua constituição, a competência para o julgamento das ações coletivas em que são partes sociedades de economia mista (Banco do Brasil ou Petrobrás), em regra, é da Justiça Estadual (Súmulas 556, do STF, e 42, do STJ).

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou quanto ao tema e assentou inexistir competência da Justiça Federal nestes casos, por não haver referência na Carta Constitucional a respeito (CC 3.569-9/PB, 1ª Seção, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* 24-5-1993).

Outra questão interessante e que merece tratamento é a das ações coletivas contra atos das pessoas jurídicas de direito privado referidas no art. 1º, *caput* e § 2º, da Lei n. 4.717/65 (serviços sociais autônomos, instituições ou fundações para cujo custeio o Poder Público tenha concorrido com mais de 50% do patrimônio ou receita ânua ou de quaisquer entidades subvencionadas pelos cofres públicos). Mesmo que recebam recursos da União, tem-se entendido que a competência para as ações coletivas contra os eventuais atos ilegais praticados é da Justiça Estadual, isto também em razão da omissão do art. 109, I, da Constituição Federal (STJ, CC 41.246/SC, 1ª

Seção, Rel. Min. Castro Meira, j. 28-5-2004, *DJU* 27-9-2004, p. 180).

Já a competência da Justiça Estadual é residual e, como tal, acaba sendo a regra geral: o que não for das demais é de competência dela. Daí por que se pode dizer, sem nenhum receio, que a grande maioria das ações coletivas em trâmite no país está no âmbito dos Judiciários dos Estados-membros.

Interessando a ação coletiva, simultaneamente, à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, será competente a Justiça Federal; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, a competência será da Justiça Estadual, preferindo-se sempre as varas especializadas em julgamento dos feitos da primeira (art. 5º, § 2º, da Lei n. 4.717/65).

Havendo vara privativa dos feitos da Fazenda Pública no local onde ocorreu o dano, e sendo demandado na ação o Poder Público, a ação coletiva deve necessariamente ser ajuizada nesta vara. Não existindo, entretanto, no local do dano, tal órgão especializado, a ação tem curso em qualquer das varas de competência cível da Comarca ou Subseção Judiciária (Súmula 206 do STJ).

3.3.1 Intervenção de ente federal nas causas em curso na justiça estadual

Surgindo interesse da União, ou dos demais entes indicados no art. 109, I, da CF (*v.g.*, IBAMA), nas ações coletivas em curso na Justiça Estadual, automaticamente a competência para o processamento da ação é deslocada para a Justiça Federal, mesmo que haja concomitante interesse do Estado, Distrito Federal ou Município na preservação ambiental (art. 5º, § 2º, da Lei de Ação Popular).

> De acordo com o Ministro Luiz Fux, quando então atuava junto ao Superior Tribunal de Justiça, "a competência da Justiça Federal cuja fonte é a Constituição, é absoluta e abarca a competência da Justiça Estadual, como assentado em diversos feitos relativos à conexão de ações civis públicas e populares, quer contra atos de privatização, quer contra atos das agências reguladoras" (CC 41.444/AM, 1ª Seção, j. 11-2-2004, *DJU* 16-2-2004).

O interesse dos entes federais (art. 109, I, da CF) nas ações coletivas

ajuizadas no âmbito estadual é aferido pelo juízo federal, nos termos da Súmula 150, do Superior Tribunal de Justiça, salvo se o pedido de ingresso for explicitamente impertinente, caso em que o juízo estadual pode, de plano, indeferir o pedido (evitando-se, com isso, manobras protelatórias).

Tirante esta hipótese de manifesta falta de interesse do interveniente, se em curso ação perante a Justiça Estadual, os autos devem ser remetidos à Justiça Federal para apreciação do pedido de ingresso do ente federal. A Justiça da União, não encontrando interesse das pessoas jurídicas de direito público relacionadas no art. 109, I, da CF, faz retornar os autos à Justiça Estadual competente para julgamento (Súmula 224 do STJ), que deve prosseguir no processamento da ação coletiva.

> A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou opoente (art. 109, I, *a*), mesmo que a controvérsia diga respeito a matéria que não seja de seu interesse. Nesse último caso, somente cessará a competência federal quando a entidade federal for excluída da relação processual. (...) Não é da competência federal, e sim da estadual, por isso, a causa em que não figuram tais entidades, ainda que a controvérsia diga respeito a matéria que possa lhes interessar. Nesse último caso, a competência passará à Justiça Federal se e quando uma das entidades federais postular seu ingresso na relação processual, até porque "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas" (Súmula 150/STJ) (STJ, CC 47.228/PA, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, 13-4-2005, *DJU* 27-6-2005, p. 214).

3.3.2 Ação civil pública e ação popular ambiental

O que vai definir a competência material para a ação civil pública ou popular para proteção do meio ambiente é a natureza da pessoa jurídica de direito público ou paraestatal (autarquias, fundações e empresas públicas) integrante de um dos polos da demanda, seja na qualidade de autora, ré,

opoente ou interveniente. Se qualquer destes entes for integrante da União ou ela própria, autarquia, fundação ou empresa pública federal, será competente a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, pouco importando a matéria propriamente dita, como faz crer a nomenclatura do critério.

De acordo com o art. 20, III a XI, da Constituição Federal, são bens da União (e cuja proteção, portanto, é de seu interesse): a) os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; b) as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II (redação dada pela Emenda Constitucional n. 46, de 2005); c) os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; d) o mar territorial; e) os terrenos de marinha e seus acrescidos; f) os potenciais de energia hidráulica; g) os recursos minerais, inclusive os do subsolo; h) as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; i) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Ou seja, havendo interesse da União na conservação dos citados bens, por si ou por um de seus órgãos ambientais, eclode automaticamente a competência da Justiça Federal para a causa, pois evidente o interesse dos entes federais na solução da controvérsia.

> O Superior Tribunal de Justiça, neste sentido, já apontou que compete à Justiça Federal processar e julgar ação civil pública com finalidade de reparar os danos ao meio ambiente ocasionados pelo vazamento de óleo no mar territorial, bem de propriedade da União cuja proteção, como tal, é de seu interesse (CC 16.863/SP, 1ª Seção, Min. Demócrito Reinaldo, j. 26-6-1996). Também entendeu que dano ambiental ocorrido em ilha costeira (Ilha dos Remédios, situada no litoral catarinense), por ser bem da União (art. 20, IV, da CF), enseja a competência da Justiça Federal para a ação coletiva (Resp 530.813/SC, 2ª T., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 2-2-2006).

Será, ainda, de competência da Justiça Federal, qualquer causa ambiental que se relacionar com direito indígena (art. 109, XI, da Constituição Federal), como a que envolve a proteção às reservas desta natureza (STJ, CC 10.588/PE, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 14-12-1994); manifesto o interesse dos órgãos ambientais e indígenas (FUNAI) nestas demandas.

São também de competência da Justiça Federal as causas cujo dano ambiental seja internacional, ou seja, alcance mais de um país (como nos vazamentos de óleo de grande extensão ocorridos no oceano brasileiro), como também a proteção ao meio ambiente rogada com fundamento na aplicação de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte (art. 109, III, da Constituição Federal).

> O Superior Tribunal de Justiça já assentou que a ação cautelar preparatória de ação civil pública fundada em tratado internacional para proteção do meio ambiente deve ser processada e julgada pela Justiça Federal (CC 16.953/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 26-6-1996), competência esta fixada não em razão da parte ativa ou passiva, mas, sim, em função do fundamento legal do pedido (causa de pedir), cujos conhecimento e aplicabilidade só são afetos à análise pela Justiça organizada pela União.

Interessante notar que em grande parte das ações coletivas em matéria ambiental há interesse do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA) – que é uma autarquia federal criada pela Lei n. 7.735/89, responsável por formular, coordenar, executar e fazer executar a Política Nacional do Meio Ambiente e da preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais renováveis.

Em qualquer demanda coletiva para a proteção do meio ambiente, a simples intervenção do IBAMA, com sua qualidade de autarquia federal, ou da própria União Federal impõe competência da Justiça Federal (sendo recomendável, portanto, que sejam eles previamente intimados do curso de tais ações quando originariamente não tenham curso na Justiça Federal).

> Já se entendeu, por isso, a prevalência da competência da Justiça Federal para discutir questão atinente à legalidade de aterro sanitário, cujo

licenciamento é deferido pelo IBAMA em certos casos (STJ, CC 58.229/RJ, 1ª Seção, Min. João Otávio de Noronha, j. 26-4-2006), bem como para apuração de danos ambientais decorrentes de obras pretensamente lesivas realizadas por município à margem de rio federal, quando a União e o IBAMA manifestarem interesse na causa ou tiverem atuado como órgãos de fiscalização (STJ, CC 33.061/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27-7-2002).

Se, entretanto, o ato atentatório ao meio ambiente for praticado por agente de pessoa jurídica de direito público, autarquia ou empresa pública municipal ou estadual, por pessoa jurídica de direito privado ou pessoa física, não havendo, por força deste ato, reflexo nos bens da União (art. 20 da CF), com manifestação de interesse dos entes enumerados no art. 109, I, da CF, na causa, a competência será da Justiça Estadual.

Assim, "não havendo intervenção da União ou de órgãos da administração federal, nem notícia da repercussão de possível dano ambiental no território ou em outro Estado da federação, somando-se ao fato de que a ação civil pública partiu do Ministério Público Estadual, verifica-se a falta de interesse da União, surgindo a competência da Justiça Estadual" (STJ, CC 26.367/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 22-8-2001). E ainda o enunciado, também do STJ, emitido no Recurso Especial 206.757/RS, no sentido de que, se o IBAMA, devidamente intimado, não manifestar interesse na causa, a demanda coletiva há de ter curso mesmo na Justiça Estadual (2ª T., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 3-5-2001).

Por exemplo, não se vê, *prima facie*, interesse dos órgãos federais de proteção ao meio ambiente na poluição de um rio que não seja de domínio da União (aqueles que nascem e morrem no mesmo Estado); nas ações para evitar danos ambientais locais e regionais sem repercussão em outros Estados da federação, como ocorre com a supressão de área de reserva legal em imóvel rural; não há interesse da União ou do IBAMA justificador da competência federal apenas pelo fato de o dano ambiental envolver manguezais e Mata Atlântica (TRF 5ª Região, Agravo 19.010/SE, Rel. Juiz Ridalvo Costa, j. 19-11-1998); e ainda "o fato de o imóvel estar situado em

terreno de marinha não é suficiente para deslocar a competência para a Justiça Federal, posto que o ponto nevrálgico da discussão incide sobre a adequação do imóvel em face das normas de organização do Município, editadas no âmbito de sua competência suplementar (art. 30, II da CF), não existindo, por isso, qualquer interesse da União, de entidade autárquica ou empresa pública federal no feito" (TJSC, Agravo 00.002.296-9, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. João Martins, j. 7-12-2000).

Mesmo quando o dano ambiental se dê em rio que não seja de domínio da União, ou em área de reserva florestal municipal ou estadual – cujas ações coletivas para proteção são preliminarmente de competência da Justiça Estadual –, de se relevar que os reflexos do dano para o ecossistema podem implicar competência da Justiça Federal. Afinal, a poluição de um rio local que deságua numa bacia maior que corta mais de um Estado, ou no mar territorial, atinge bem a ser tutelado pela União Federal, podendo, pois, despertar seu interesse para a causa. Neste sentido, o STJ, em interessante caso em que se aferia a competência da Justiça Estadual para ação sobre os danos ambientais causados por obras de drenagem do pequeno rio Itajaí-Açu, no Paraná, entendeu que, havendo possíveis reflexos na zona costeira brasileira, de rigor a manutenção do IBAMA e da competência da Justiça Federal no feito (Resp 818.666/PR, Rel. Min. Francisco Falcão).

Se o dano ambiental atingir mais de um Estado federado brasileiro, encontram-se duas posições na doutrina e jurisprudência: uma a apontar que a competência é da Justiça Federal (STJ, CC 39.111/RJ, 1ª Seção, Min. Luiz Fux, j. 13-12-2004); outra, da qual somos partidários e que é majoritária, de que a competência é da Justiça Estadual, desde que não haja intervenção de qualquer dos entes enumerados no art. 109, I, da Constituição Federal.

A dificuldade de definição do órgão jurisdicional materialmente competente – estadual ou federal – se vincula ao fato de a proteção ao meio ambiente ser dever de todos (art. 225 da CF), sendo que sua conservação não se prende a situações geográficas ou referências legais ou históricas, extrapolando os limites impostos pelos homens. Os bens ambientais desconhecem fronteiras políticas. São transnacionais, transestaduais, transmunicipais.

Seja como for, repita-se: mesmo nas causas que aparentemente tenham curso na Justiça Estadual, o ingresso da União ou do IBAMA desloca a competência para o juízo federal, que decidirá se há interesse jurídico que justifique a intervenção. Daí por que sempre se aconselha a prévia intimação

destes órgãos para manifestação de interesse nas causas que têm curso na Justiça Estadual.

3.3.3 Danos de âmbito internacional

Danos de âmbito internacional são materialmente de competência da Justiça Federal, não afastada a possibilidade de ajuizamento de ação protetiva do meio ambiente em Jurisdição diversa, pois não há exclusão disto pelas nossas leis (arts. 88 e 89 do CPC). Nestes casos, eventual sentença prolatada pela Jurisdição estrangeira há de ser previamente homologada pelo Superior Tribunal de Justiça para ter eficácia no Brasil (art. 483 do CPC c.c. art. 105, I, *i*, da CF, com redação dada pela EC n. 45).

3.4 Competência material delegada

A Constituição Federal, já pressentindo que as Justiças Federal e Trabalhista não alcançariam todos os rincões do país, elegeu alguns tipos de demanda que, a seu ver, e em prol do jurisdicionado, podem ser ajuizadas perante a Justiça Estadual (esta, por razões históricas, de cobertura nacional).

Assim, de acordo com o art. 109, §§ 3º e 4º, da CF, serão processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem partes instituição da previdência social e segurado, sempre que a Comarca não seja sede de vara de juízo federal – podendo a lei ampliar tal delegação (como ocorre com as execuções fiscais federais, nos termos do art. 4º da Lei n. 6.969/81) –, casos em que o recurso da decisão do juiz estadual será encaminhado para o Tribunal Regional Federal da respectiva região.

Idêntica previsão se encontra no art. 112, da CF, a estabelecer que a lei criará varas do trabalho, podendo, nas Comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.

No tocante às ações coletivas, na inexistência de disposição legal expressa, não há a delegação de competência retromencionada, de modo que não se pode, em hipótese alguma, sob pena de violação de regra de competência absoluta e consequente nulidade dos atos decisórios tomados no processo (art. 113, § 2º, do CPC), pretender ajuizar ação coletiva contra as entidades referidas no art. 109, I, da CF, perante a Justiça Estadual (sob fundamento de que não há, no local em que ocorrido o dano presente ou

futuro, Justiça Federal).

Neste caso, o autor da ação deverá utilizar-se da regra do art. 109, § 2º, da CF, ajuizando a ação na sede da Subseção Judiciária federal que abarque o território do local onde ocorrido o dano, estando, neste sentido, cancelada a Súmula 183 do STJ – "compete ao Juiz Estadual, nas Comarcas onde não seja sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo" –, cuja aplicação partia da equivocada interpretação de que haveria delegação de competência na hipótese.

3.5 Mandado de segurança coletivo

Não havendo a incidência de regra que imponha o foro privilegiado em favor da autoridade indicada como coatora (item 2 do Capítulo 11, *supra*), o mandado de segurança deve ser ajuizado necessariamente em 1ª instância.

E, sendo ajuizado em 1ª instância, para definição da competência material, deve ser aferido o *status* da autoridade apontada como coatora: se federal, a ação terá curso perante a Justiça Federal (art. 2º da Lei n. 12.016/2009); se estadual ou municipal, o ajuizamento se fará na Justiça Estadual.

O que há de mais interessante a ser objeto de explanação neste momento é a questão dos atos ilegais ou abusivos de direito praticados por aqueles legalmente equiparados às autoridades públicas (art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.016/2009), como ocorre com os serviços de energia elétrica, telefonia etc. (que nas suas atividades podem vir a ocasionar dano à coletividade).

De acordo com inúmeros precedentes do STJ (Resp 373.904/RS, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 7-12-2004; AgRg nos Edcl no CC 48.182/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25-5-2005), a impetração contra autoridade equiparada se fará por meio da análise da origem da autorização ou delegação para o exercício da atividade. Se ela provier do Poder Público federal, o *writ* coletivo, então, será impetrado na Justiça Federal; se, por sua vez, a autorização ou delegação for advinda do Poder Público estadual ou municipal, a Justiça Estadual receberá a impetração coletiva (salvo se algum dos entes do art. 109, I, da CF, manifestar interesse na causa).

Tal regra não se aplica, entretanto, se a ação a ser ajuizada não for o mandado de segurança, já que a equiparação à autoridade federal é exclusiva para o *writ* (art. 1º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009). Assim, outras ações contra os concessionários de serviço público, como a ação civil pública ou popular,

são mesmo ajuizadas, como regra, na Justiça Estadual.

4. Critério valorativo

Como a própria nomenclatura sugere, o que se releva para fins de fixação de competência, neste terceiro critério, é o valor da causa (arts. 258 a 261 do CPC). É o critério utilizado para fixação da competência dos Juizados Especiais Cíveis (Lei n. 9.099/95), federais (Lei n. 10.259/2001) e da Fazenda Pública (Lei n. 12.153/2009), que só processam demandas que não superem, respectivamente, 40 e 60 salários mínimos. E é o critério, também, empregado pelos Estados-membros para fixação de competência dos foros regionais, como ocorre no Estado de São Paulo.

Seja pela complexidade da demanda, seja pela própria existência de vedação legal expressa (art. 3º, I, da Lei n. 10.259/2001 e art. 2º, § 1º, I, da Lei n. 12.153/2009), não cabe qualquer espécie de ação coletiva nos Juizados Especiais (ação civil pública, ação popular ou mandado de segurança coletivo), inclusive na defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos (pese o silêncio da lei).

Restaria a utilização deste critério apenas para aferição da possibilidade de processamento de ações coletivas em foros regionais. Mas isto fica a depender da lei de organização judiciária de cada Estado-membro, para a qual remetemos o estimado leitor.

5. Critério territorial

Finalmente, já estabelecido qual órgão do Judiciário será competente para o julgamento da demanda (Justiça do Trabalho, Federal ou Estadual), resta definir em qual território (em qual cidade) será processada a ação coletiva.

5.1 Definição pelo local do dano

O art. 2º, da Lei n. 7.347/85, estabelece que a ação civil pública será ajuizada no local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, regra parcialmente coincidente com a do art. 100, V, do Código de Processo Civil (que aponta o foro do local do dano como o competente para as ações de reparação de dano).

Portanto, o local onde ocorreu (tutela ressarcitória) ou deva ocorrer o dano (tutela preventiva) é o foro em que devem ser ajuizadas as ações coletivas (ação civil pública, ação popular, ação civil de improbidade

administrativa).

> Algumas leis que compõem o microssistema processual coletivo têm regras próprias sobre competência territorial, a afastar, portanto, o padrão estabelecido no art. 2º da Lei n. 7.347/85. Assim é o art. 209 do ECA, que fixa o local onde ocorreu ou deva ocorrer a omissão violadora dos direitos e interesses individuais, difusos e coletivos, como sendo o territorialmente competente para as ações coletivas em tema de Infância e Juventude. Também o art. 80 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), que fixa o foro do domicílio do idoso como sendo o competente para as ações coletivas tendentes a protegê-lo.

A competência territorial das ações coletivas é considerada absoluta. Além de o próprio art. 2º, *caput*, da Lei n. 7.347/85 apontar que o juízo terá competência funcional (*rectius* absoluta) para a causa, os arts. 209 do ECA e 80 do Estatuto do Idoso são expressos neste sentido.

A razão de esta regra de competência territorial ser absoluta – tanto quanto a do já mencionado art. 95 do CPC – funda-se no *princípio da efetividade*, pois o juiz do local do dano (presente ou suposto) habilita-se, funcionalmente, na percepção do dano posto em condições ideais para obtenção dos elementos de convicção conducentes ao desate da lide (STJ, Resp 39.111/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* 6-10-1997). Em outros termos, a regra ora estudada não foi compilada pelo legislador para proteção de um interesse privado, mas, sim, em razão do interesse público na maior facilidade da produção da prova e da apuração da verdade real que tem o juiz do local do dano.

Logo, o critério do local do dano, embora ficando em matiz de natureza territorial, segue o regime jurídico da competência absoluta (art. 113 do CPC), sendo lícito, pois, o conhecimento de ofício da incompetência, a arguição do vício a qualquer tempo e grau de jurisdição, implicando sua violação a nulidade de todos os atos decisórios do processo, ensejando, inclusive, ação rescisória no prazo de dois anos (art. 485, II, do CPC).

> Rememore-se mais uma vez que não há delegação de competência material da Justiça Federal para a Justiça Estadual em sede de processo coletivo (*vide* a cancelada Súmula 183 do STJ). Tanto é assim, que os

> arts. 209 do ECA e 80 do Estatuto do Idoso – na esteira do art. 93 do CDC – ressalvam a competência da Justiça Federal (material) e dos Tribunais Superiores (funcional) a respeito do tema. Por isto, não existindo vara da Justiça Federal sediada no local onde ocorreu ou deva correr o dano, a ação civil pública ou a ação popular – sendo da competência material da Justiça Federal de 1º grau (art. 109 da CF) – deverão ser ajuizadas na Justiça Federal que abrange o território da Comarca onde houve ou haverá o evento, e não na Justiça Estadual, que é absolutamente incompetente para tanto.

É comum a definição de varas especializadas para a Fazenda Pública ou determinados tipos de ações (como civis públicas e populares) em uma mesma Comarca ou Seção Judiciária. Porém, a organização judiciária estadual que defina a competência de varas especializadas diz respeito meramente a causas ajuizadas *na própria Comarca* onde aquelas existam. Não diz respeito a Comarcas diversas.

Assim, nos termos da Súmula 206 do STJ, a *existência de vara privativa instituída por* lei *estadual não altera a competência territorial definida pelas leis de processo,* de modo que as ações coletivas contra o Poder Público, na inexistência de vara privativa no local do dano, serão processadas em uma vara cível ou cumulativa com competência para a causa. Não é necessário, pois, o deslocamento da ação para uma vara privativa existente na capital ou na localidade mais próxima, até porque, se isto acontecesse, violada estaria a regra de competência absoluta do art. 2º da Lei n. 7.347/85 c.c. art. 93, I, do CDC.

5.2 Danos regionais e nacionais

Tratando-se de interesses supraindividuais, não é estranho que o evento que se pretenda atacar tenha efeitos sobre mais de uma Comarca ou Subseção Judiciária, às vezes até por mais de um Estado ou por todo o território nacional. Excepcionalmente, o dano presente ou futuro pode até se estender sobre países vizinhos (basta pensar em danos ambientais de grandes proporções).

Para solucionar a problemática surgida a partir destas situações de danos que extravasam os limites da Comarca ou da Subseção Judiciária, o art. 93 do CDC estabeleceu uma regra especial de competência.

A disposição estabelece que, ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a ação coletiva: a) o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; e b) no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

> O art. 93 do CDC não tem boa redação e gera grandes confusões. Primeiro, pois ignora a existência da Justiça do Trabalho, que, principalmente depois da EC n. 45, tem processado bom número de ações coletivas. Segundo, porque, ao ressalvar a competência da Justiça Federal, dá a entender que à Justiça Federal não se aplica tal regra, quando na verdade se aplica. O que o dispositivo quer dizer com a "ressalva" é que não se processarão na Justiça Estadual do local do dano as causas de competência da Justiça Federal (*vide* a cancelada Súmula 183 do STJ). E terceiro, porque, ao falar em danos de âmbito regional ou nacional, não os conceitua, causando inúmeros reflexos práticos na definição da competência.

A primeira regra (art. 93, I, do CDC) não traz grande novidade, pois nada mais faz do que repetir o padrão do art. 2º da Lei n. 7.347/85: nos casos de danos de âmbito local, a ação será processada na Justiça materialmente competente do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Já a segunda regra (art. 93, II, do CPC) é objeto de enormes celeumas, sendo, indiscutivelmente, insuficiente para solucionar todos os problemas advindos da prática.

De fato, o legislador não disciplinou o conceito de danos de âmbito regional ou nacional. Seria dano local ou regional aquele que atingisse três Comarcas ou Subseções Judiciárias vizinhas distantes da capital do Estado, mas não todo o Estado? E se atingisse apenas a capital do Estado e mais uma Comarca ou Subseção Judiciária vizinha? Se o dano fosse entre três Comarcas vizinhas, cada uma situada em um Estado da federação: o dano seria local, regional ou nacional? E se atingisse três Estados, mas não todo o país, o dano seria regional ou nacional? Mudaria alguma coisa se o Distrito Federal fosse também atingido na hipótese anterior?

> Houve quem pretendesse estabelecer, para fins de definição do que seria dano nacional ou regional, o número de Estados ou Comarcas atingidos pelo evento. O critério não é bom. Não há elemento jurídico ou lógico algum – a justificar a eleição do critério – para indicar se o dano deixaria de ser local, e passaria a ser regional, se fossem atingidas mais de três Comarcas ou de três Estados. Por que não quatro Comarcas ou Estados?

Pensamos que a solução para a questão, à míngua de regras claras no sistema, acaba sucedendo de forma casuística: a definição do foro competente ocorrerá à luz dos fatos narrados na inicial (extensão do dano indicada pelo autor da ação coletiva) e das regras de prevenção.

Narrada na petição inicial a ocorrência de um dano local, que alcança apenas uma Comarca ou Subseção Judiciária, não haverá maiores dificuldades. A ação coletiva será ajuizada na sede da Comarca ou Subseção Judiciária, conforme se tratar de Justiça Estadual, Federal ou do Trabalho.

Caso, entretanto, seja narrado um dano que extravase o limite da Comarca ou Subseção Judiciária, ainda que de diferentes Estados, pensamos que o dano continue a ser local. Nestes casos, a ação coletiva deve ser ajuizada em qualquer uma das Comarcas ou Subseções Judiciárias atingidas pelo dano, fixando-se o juízo competente por prevenção (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, e art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/65). Obviamente, nestes casos, ignora-se o disposto no art. 16 da Lei n. 7.347/85, e a decisão proferida pelo juízo prevento estende seus efeitos sobre o território das demais Comarcas ou Subseções Judiciárias atingidas pelo dano (presente ou suposto).

> Não faz sentido entender que este dano seja considerado regional, com fixação da competência territorial da ação coletiva na capital do(s) Estado(s), como poderia ser pensado em um primeiro momento. Não é difícil imaginar que a capital do Estado fique a centenas de quilômetros de distância do local do dano, não havendo, portanto, motivo para que o juiz da capital venha a julgar o processo sobre fatos de que nem sequer tem proximidade (princípio da efetividade na fixação das regras de competência territorial).

Agora, se o dano que atinja mais de uma Comarca ou Subseção Judiciária também alcançar a capital do(s) Estado(s), parece-nos que é preferível o

ajuizamento da ação coletiva na Capital. A regra do art. 93, II, do CDC, revela preferência legislativa clara pelo processamento de ações coletivas que extravasam os limites de uma unidade territorial na Justiça na Capital, cuja decisão alcançará, conforme narrativa da inicial, todas as Comarcas e Subseções alcançadas pelo dano (presente ou suposto).

Alcançando o dano a extensão de um ou mais Estados, parece-nos que o dano passa a ser regional, sendo competente a capital de quaisquer dos Estados por prevenção. A decisão aí proferida, por evidente, deve alcançar todos os Estados atingidos pelo dano narrado na inicial, ignorando-se a ineficaz regra do art. 16 da LACP, frente ao que consta do art. 103 do CDC (efeitos *erga omnes* e *ultra partes* da sentença coletiva).

Dano nacional, em nosso sentir, será, apenas, aquele que alcançar mais de um Estado e, também, o Distrito Federal. Nestes casos, além da possibilidade de ajuizamento da ação coletiva na capital de quaisquer dos Estados atingidos pelo dano (presente ou suposto), será possível o processamento dela no Distrito Federal (STJ, CC 26.842/DF, 2ª Seção, Min. Waldemar Zveiter, j. 10-102001). A competência será fixada por prevenção (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, e art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/65), e a decisão proferida por quaisquer destes juízos concorrentes terá eficácia em todo o território nacional.

> No PL 5.139/2009, propõe-se regra de competência muito próxima da nossa interpretação: "Art. 4º É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta. § 1º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas. § 2º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial. § 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes."

Embora a regra do art. 93 do CDC esteja situada no capítulo do Código dedicado às ações coletivas para a defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos, doutrina majoritária tem estendido a disposição para a regência,

também, das ações civis públicas para a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos (microssistema processual coletivo). Assim, em matéria ambiental (direito difuso como regra), a competência será definida pela extensão do dano, de modo a haver foros concorrentes na capital dos Estados e no Distrito Federal para os danos de âmbito nacional.

> Questão, a nosso ver, interessante é a da suspeição do membro do Ministério Público ou do juiz competente para conhecimento da ação coletiva quando residir no local que ocorreu o dano. Tem se entendido que, em se tratando de matéria que diz respeito indistintamente a todos os integrantes da comunidade, não há de se reconhecer a suspeição do promotor ou do juiz, mesmo que também atingidos pelo dano. Do contrário, "os juízes e promotores seriam suspeitos em todas as causas que discutissem interesse, como dano ambiental, em que, por exemplo, se estaria discutindo problema de qualidade de água, pois há evidente interesse em que suas casas também sejam abastecidas por água potável; ou, então, em ações em que se discute a constitucionalidade de tributos federais, os quais todos os juízes também são obrigados a recolher" (STJ, Resp 734.892/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux. j. 14-2-2006).

5.3 Danos de âmbito internacional

Ajuizada a ação coletiva na Justiça brasileira (Justiça Federal), pensamos que, territorialmente, a demanda pode ser intentada na Justiça Federal da capital de quaisquer dos Estados ou do Distrito Federal. Afinal, se o dano é internacional, também é nacional, devendo ser seguida a regra do art. 93, II, do CDC.

5.4 Mandado de segurança coletivo

Definida a competência material para a impetração (Justiça Federal ou Estadual) em primeiro grau – afastada, portanto, qualquer regra de competência funcional –, o ajuizamento do mandado de segurança coletivo se fará territorialmente na sede da autoridade coatora (isto é, onde ela exerça suas atividades), ainda que o ato acoimado de ilegal ou abusivo de direito tenha se dado em outro local.

Note-se, portanto, que a regra diverge da dantes trabalhada concernente às

demais ações coletivas, ajuizadas conforme a extensão do dano. No *mandamus*, a ação é impetrada onde fica a sede (o escritório) da autoridade impetrada, o que tem manifesto propósito de permitir ao Poder Público ou àquele que faça seu papel a facilitação da defesa em juízo.

Aqui também, tanto quanto a regra do local do dano para as ações civis públicas e populares, a competência, embora calcada em critério territorial, é absoluta, pois fundada em interesse público (facilitação da defesa do Poder Público em juízo). Logo, eventuais impetrações conhecidas por juízo diverso da sede da autoridade coatora são nulas de pleno direito, sendo lícito o reconhecimento da incompetência de ofício.

Capítulo 12

Liquidação e Execução da Sentença Coletiva

Uma vez proferida a sentença na ação coletiva, espera-se que a parte condenada cumpra a obrigação imposta, independentemente de qualquer outra determinação posterior.

A prática, contudo, revela no mais das vezes que isto não ocorre, de modo que são necessárias medidas dos autores coletivos a bem do cumprimento da sentença.

1. Cumprimento de sentenças nas ações coletivas que imponham obrigação de fazer e não fazer

O art. 84 do CDC, fonte de inspiração dos vigentes arts. 461 e 461-A do CPC, teve o grande mérito de introduzir, no âmbito do processo coletivo brasileiro, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer *fundadas em título judicial*, bem como de inaugurar o movimento nacional em prol do sincretismo entre as atividades cognitivas e executivas (concluído posteriormente com as Leis n. 11.444/2002 e n. 11.232/2005).

De fato, até o advento do CDC, tanto as obrigações de fazer, não fazer e entregar como as de pagar quantia, fundadas em título executivo judicial, só eram executáveis por meio de processo autônomo de execução, com inauguração de uma nova relação jurídica processual (petição inicial, citação do devedor, embargos etc.). Com o advento do art. 84 do CDC, houve rompimento deste dogma do processo civil e passou-se a admitir, ao *menos para o processo coletivo* (até então só havia sincretismo em alguns poucos procedimentos especiais, como o mandado de segurança e as possessórias), a

realização de atos executivos em simples prosseguimento do processo de cognição, como se conhecimento e execução fossem, como o são, fases de um mesmo processo.

Há de se destacar, também, que o art. 461 do CPC acabou por aniquilar outro dogma do sistema processual clássico: o de que a intangibilidade da vontade humana impediria a tutela específica de certas obrigações. Com efeito, de acordo com o citado dispositivo, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, isto é, obrigará o devedor, por meio de mecanismos processuais especificados (multa, remoção de pessoas ou coisas etc.), a cumprir a obrigação tal como imposta na decisão antecipatória ou na sentença, ou, se isto não for possível, buscará obter uma prestação o mais próxima possível do objeto desejado (obtenção do resultado prático equivalente), reservando as perdas e danos, apenas, para casos de impossibilidade da tutela específica ou expressa manifestação de vontade do credor.

Até então, tutela específica da obrigação de fazer só havia para as obrigações de declarar vontade, nos termos dos renumerados arts. 639 a 641 do CPC (atuais 466-A, 466-B e 466-C, com redação pela Lei n. 11.232/2005). Após o advento do art. 84 do CDC, outros dispositivos acabaram se espelhando nele e autorizando a tutela específica das obrigações (art. 7º da Lei de Arbitragem, arts. 461 e 461-A do CPC).

A regra do art. 84 do CDC, apesar de predisposta para as ações coletivas dos direitos e interesses individuais homogêneos, aplica-se a todas as ações coletivas que objetivem o reconhecimento e a imposição das obrigações de fazer e não fazer, incluindo a tutelar dos direitos naturalmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*). Trata-se de mais uma aplicação prática do microssistema processual coletivo (item 9 do Capítulo 7, *supra*).

Não há, portanto, diferença substancial entre as obrigações de fazer impostas em sentenças proferidas nas ações coletivas para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A todas se aplica o regime jurídico descrito nos itens seguintes.

1.1 Tutela específica "versus" tutela reparatória ou ressarcitória

Por tutela específica há de se entender o adimplemento perfeito da

obrigação, como se o seu cumprimento pelo devedor tivesse ocorrido de modo espontâneo e voluntário.

Com efeito, o credor, nos termos do art. 313 do CC, não é obrigado a receber coisa outra que não a avençada. Assim, caso haja inadimplemento, é só por meio da tutela específica que o credor alcançará a prestação da exata forma e modo (ou da maneira mais próxima possível) como estabelecido na decisão antecipatória ou na sentença.

> Bom exemplo de tutela específica é encontrado no atual art. 466-B do CPC, complementado pelos arts. 463 e 464 do CC, tutelantes do contrato preliminar. Por eles, se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte poderá obter uma sentença, sendo isso possível e não excluído pelo título, que produza os mesmos efeitos do contrato a ser firmado. Ou seja, tem-se pela via judicial a obtenção do idêntico efeito do cumprimento voluntário e espontâneo da obrigação: o aperfeiçoamento do contrato.

A tutela específica está em manifesto contraste com a tutela reparatória ou ressarcitória. Enquanto a primeira busca a exata prestação, a segunda se contenta com a reparação pecuniária pelo ilícito cometido, pelo inadimplemento da obrigação.

De acordo com o art. 84, § 1º, do CDC, a obrigação de fazer e não fazer somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, o que está a revelar, portanto, que no âmbito das obrigações ora estudadas a tutela reparatória ou ressarcitória é a exceção.

Não se deve confundir, também, tutela reparatória ou ressarcitória com tutela preventiva. A primeira é toda centrada na ocorrência do dano e objetiva sua reparação (compensação financeira por conta do ilícito, isto é, do inadimplemento). Já a outra busca evitar a ocorrência do ilícito e do dano (tutela inibitória) ou, já tendo ocorrido o ilícito, que ele seja removido a fim de evitar ou diminuir o dano (tutela da remoção do ilícito).

> Sendo colocado pelo Estado determinado medicamento nocivo à saúde no mercado, nada impede que o Ministério Público busque judicialmente a proibição da distribuição em todo o mercado nacional, evitando-se, com

isto, um ilícito e seu consequente dano (tutela inibitória). Caso o produto seja distribuído, ainda é possível evitar sua venda por meio de medida judicial, evitando-se, com isto, o próprio dano ou diminuindo-lhe as consequências (tutela da remoção do ilícito).

Tais classificações (tutela específica *versus* tutela ressarcitória e tutela preventiva *versus* tutela ressarcitória) não são estanques e se completam. Nada impede que se busque a tutela específica de modo preventivo, o que se dá, em especial, com as obrigações de não fazer. Daí por que não é incomum ver a doutrina relacionar a tutela preventiva, especialmente de natureza inibitória, com a tutela específica das obrigações de não fazer.

1.2 Processo sincrético e emprego das técnicas executiva e mandamental

No processo de conhecimento, classificam-se as sentenças (provimentos jurisdicionais) de diversas maneiras. A mais conhecida é a classificação de tais decisões quanto aos seus efeitos: sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Se a sentença requerida tiver por objetivo simplesmente declarar a existência ou a inexistência de uma relação jurídica, diz-se que é *declaratória*, ou *meramente declaratória* (sentença que declara a prescrição de um cheque, que reconhece a propriedade pela usucapião). Se objetivar criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, diz-se *constitutiva*, *desconstitutiva* ou *constitutiva negativa* (sentença que decreta a separação judicial, o divórcio, a falência). Se reconhecer a violação de um direito e impuser o cumprimento coercitivo da obrigação, diz-se *condenatória* (cobrança de valores), *executiva* (despejo e reintegração de posse) ou *mandamental* (reintegração no cargo determinada em mandado de segurança), variando quanto a elas, apenas, a forma pela qual se impõe a obrigação (oficiosamente, por meio de medidas de coerção ou de sub-rogação).

As sentenças de natureza declaratória ou constitutiva (e desconstitutiva), como regra, não são executáveis (há acirrada discussão sobre a exequibilidade das sentenças declaratórias que reconheçam a existência de uma obrigação, nos termos do art. 475-N, I, do CPC). Elas possuem carga eficacial completa, satisfazendo o seu requerente por si só, declarando a

existência ou a inexistência da relação jurídica sobre a qual paira dúvida, ou criando, modificando ou extinguindo uma relação jurídica. Eventuais atos posteriores à sentença junto ao Registro civil ou Registro de imóveis não implicam execução, mas são simples exigências do direito material (e não do processo) para emprestar validade ao ato ou dar a terceiros pleno conhecimento de fatos.

> Assim, o registro da usucapião junto ao CRI objetiva dar a terceiros conhecimento sobre o titular do bem imóvel, não havendo dúvida alguma de que, independentemente disto, o usucapiente é o proprietário do bem.
> A falta de averbação da separação judicial ou do divórcio junto ao CRC não significa que as partes permanecem casadas, ou que ainda tenham que cumprir os deveres do matrimônio.

Por isto, caso a obrigação de fazer ou não fazer objetive uma tutela de natureza declaratória ou constitutiva/desconstitutiva, a sentença que assim a declarar já é suficiente para satisfazer o credor, tutelando de modo específico a obrigação, como ocorre com as obrigações de declarar vontade, conforme veremos oportunamente (arts. 466-A a 466-C do CPC).

Já se impuser ao devedor uma obrigação de qualquer natureza (fazer ou não fazer, dar ou pagar), a sentença tem nítido caráter condenatório e, caso haja inadimplemento, o sistema autoriza a imposição de sanção ao renitente, por meio de medidas constritivas quanto a sua pessoa (excepcionalmente) ou patrimônio.

Isto ocorre porque, diversamente das declaratórias e das constitutivas/desconstitutivas, a satisfação do credor nas sentenças de natureza condenatória não é automática, dependendo da transformação do "dever ser" da sentença em "ser".

Em outras palavras, só por meio de medidas de força se obterá o pagamento, a entrega ou o fazer/não fazer determinado na sentença, de modo que o cumprimento da decisão inadimplida (e a satisfação do credor) se faz pela via forçada (execução), não ocorrendo automaticamente com a simples prolação da sentença.

Por pura questão de política legislativa, a execução destas sentenças pode ser por meio da instauração de uma nova relação jurídica processual autônoma, dependente da vontade do credor (processo de execução autônomo),

como ocorre com a execução por quantia da sentença arbitral, da sentença estrangeira, ou contra a Fazenda Pública (art. 730 do CPC). Ou pode ocorrer, como em regra ocorre, nos próprios autos do processo de conhecimento, em continuidade da relação jurídica processual primitiva (processo de execução não autônomo ou sincrético).

Especificamente no tocante às sentenças condenatórias que imponham obrigações de fazer e não fazer, nosso sistema segue a regra geral, autorizando, diante do não cumprimento espontâneo e voluntário da obrigação, o emprego de medidas executivas em continuidade ao processo de conhecimento (inclusive, no caso, de modo oficioso, sem provocação da parte).

No âmbito da execução de sentença condenatória não autônoma (nos mesmos autos), as medidas executivas podem ter duas naturezas. Elas podem substituir a vontade do devedor recalcitrante (sub-rogação), expropriando forçadamente seus bens, apreendendo coisas etc.; ou podem atuar sobre a vontade do devedor, tornando extremamente desvantajoso o inadimplemento frente à imposição de medidas de execução indireta (coercitivas), como a multa e a prisão.

No primeiro caso (medidas de sub-rogação), estamos falando em sentenças que utilizam a técnica executiva (ou simplesmente sentenças executivas). No segundo caso (medidas de coerção), a execução está a se dar com o emprego da técnica mandamental (ou diz-se simplesmente que a sentença é mandamental), eis que, além da ordem judicial para cumprimento da obrigação, acena-se com uma medida coercitiva (multa ou prisão) a incitar o cumprimento voluntário.

No âmbito das obrigações de fazer e não fazer, o sistema autoriza o emprego das técnicas mandamental e executiva (geralmente nesta ordem) a bem da tutela específica. Diante do ilícito (inadimplemento), o credor pode obter, na mesma relação jurídica de conhecimento, a imposição de uma medida coercitiva contra o devedor renitente (ex.: multa), ou, não tendo ela surtido efeito, medida sub-rogatória capaz de satisfazê-lo de forma específica ou aproximada (obtenção do resultado prático equivalente).

1.3 Tutela específica e defesa do devedor

Como a execução da sentença que imponha a obrigação de fazer ou não fazer se dá de modo não autônomo, não há previsão de medida específica –

como ocorre com a impugnação (art. 475-L do CPC) ou com os embargos do devedor (art. 736 do CPC) – para que o devedor resista às medidas sub-rogatórias ou coercitivas ordenadas em prol da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente.

Como não se pode admitir, à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que a fase de cumprimento da sentença reste incólume à atuação do devedor, debate-se academicamente quais seriam os meios para o exercício desta defesa.

Tem prevalecido o entendimento de que o devedor pode se manifestar por mera petição nos autos, demonstrando o desacerto (execução sem título) ou a desproporcionalidade (multa excessiva) de eventual medida executiva ordenada. Há também forte entendimento no sentido de que o devedor se defende pela via do agravo, que no caso só pode ser de instrumento ante a urgência que socorre ao caso (art. 522 e ss. do CPC).

Admitimos ambas as formas de atuação (petição ou agravo), inclusive com a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo à defesa apresentada, seja em primeiro grau (art. 475-M e parágrafos, por analogia), seja no Tribunal (art. 527, III, c.c. art. 558 do CPC).

Seja como for, é conveniente destacar que, à luz da instrumentalidade das formas e da fungibilidade processual, eventual impugnação (art. 475-L do CPC) ou embargos (art. 736 do CPC) indevidamente apresentados pelo devedor devem ser recebidos como defesa lídima, garantindo-se, assim, contraditório pleno.

1.4 Tutela específica contra o poder público

Em tema de obrigações de fazer e não fazer constantes de título executivo judicial, o Poder Público está sujeito à tutela específica tanto quanto qualquer cidadão.

Isto quer dizer que não se aplica nesta seara o disposto no art. 730 do CPC, vocacionado a regrar, exclusivamente, o procedimento das execuções por quantia contra a Fazenda Pública.

Consequentemente, não há espaço para se imaginar – como se faz nas obrigações de pagar – que o Poder Público seja citado para opor embargos no prazo de 30 (trinta) dias, e que, rejeitados os embargos opostos (ou não opostos embargos), seja expedido ofício requisitório (art. 100 da CF).

O cumprimento de sentença que imponha obrigação de fazer ou não fazer

contra o Poder Público, em sede de ações coletivas, segue o disposto no art. 84 do CDC. A Fazenda será intimada para cumprir a obrigação no prazo fixado (na sentença ou pelo juiz da fase executiva), sendo sua defesa efetuada na forma disposta no item anterior (agravo de instrumento ou petição nos próprios autos da execução).

Se não cumprir a decisão no prazo e na forma avençada, é lícito ao juiz, valendo-se dos mecanismos dispostos no sistema (multa e medidas de apoio), buscar a tutela específica da obrigação contra o Poder Público ou, ao menos, obter o resultado prático equivalente ao cumprimento da obrigação.

As limitações que poderão surgir neste âmbito se referem exclusivamente à concessão de liminares antecipatórias e ao regime de incidência e execução da multa coercitiva contra o Poder Público (conforme oportunamente se indicará). Mas isto não afeta a validade do regime geral do cumprimento de sentença até aqui estudado.

1.5 Tutela específica e obtenção do resultado prático equivalente

O art. 461, *caput*, do CPC estabelece que, na ação coletiva que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o seu resultado prático equivalente.

Na verdade, o dispositivo está mal redigido. A determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente depende da procedência da ação (tutela específica) e do inadimplemento do devedor.

Assim, tecnicamente, o dispositivo deve ser lido da seguinte maneira: na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, se procedente o pedido, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, e, não tendo sido ela cumprida pelo devedor, determinará providências que assegurem resultado prático equivalente a ela.

A diferença entre a tutela específica e o resultado prático equivalente, por isto, repousa muito mais nos mecanismos a serem empregados judicialmente para a obtenção da prestação (pedido imediato) do que, propriamente, na prestação (pedido mediato).

Com efeito, há vários meios para se obter a tutela do direito material (o bem da vida pretendido). Infrutífero o meio ideal (o cumprimento voluntário da obrigação), pode o juiz, de ofício ou a requerimento, valer-se de outros

meios para alcançar o resultado prático equivalente ao cumprimento da obrigação na forma como constante da sentença.

> Caso o Estado, condenado a construir uma passarela sobre dada estrada, não a faça na forma constante da sentença (tutela específica), mesmo após a imposição de multa coercitiva, nada impede que terceiro, às custas do Estado, seja convidado a construí-la (resultado prático equivalente) (arts. 634 e 637 c.c. art. 475-R do CPC).
> Condenado o Estado a prestar informações sobre vítimas da Guerrilha do Araguaia em determinado prazo, e não prestadas tais informações no prazo fixado (mesmo após incidência de multa), nada impede a expedição de mandado de busca e apreensão dos documentos relativos ao evento para que se possa deles extrair as informações desejadas.

Só excepcionalmente, na impossibilidade de obtenção da exata tutela ou do resultado prático equivalente, ou a requerimento do credor, a tutela específica será substituída pela tutela reparatória (art. 84, § 1º, do CDC).

É conveniente destacar que, diante da admissão da obtenção do resultado prático equivalente à tutela específica pelo art. 461 do CPC, atenua-se, de certa forma, o princípio processual da congruência entre o pedido e a sentença (arts. 128 e 460 do CPC). Mesmo diante da solicitação de dada medida, nada impede que o juiz conceda outra não requerida expressamente pelo credor, seja no tocante à forma de sua obtenção (pedido imediato) (medida sub-rogatória por coercitiva, e vice-versa), seja, excepcionalmente, com substituição do próprio bem da vida (pedido mediato) por outro que satisfaça, de forma semelhante, o interessado (determinação da realização de obra por terceiro).

A grande discussão que por aqui ocorre é se o juiz da fase de cumprimento de sentença pode fazer estas alterações independentemente de previsão na sentença condenatória, ou se depende dela para a operação. Cremos não ser necessária tal previsão, visto ser ela decorrente do próprio regime da tutela específica.

> Assim, se ficou estipulado que dado órgão público não despeje resíduos poluentes no córrego da cidade (tutela específica), nada impede que se autorize o tratamento dos resíduos por processo idôneo, ou até a

interdição do órgão, independentemente de isto constar na sentença executada. Nestas duas últimas situações, observe-se que o bem da vida pretendido (obstar o derrame de resíduos poluentes), de qualquer forma, está sendo alcançado, embora por meios diversos.

Nem sempre, entretanto, será possível a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento. Nas obrigações de fazer infungíveis, isto é, naquelas em que o fato não pode ser executado por terceiro, só o adimplemento específico é possível, eis que a obrigação foi contratada *intuitu personae*, não sendo possível que outro a realize. Nestes casos, descumprida a obrigação na forma determinada, mesmo após a incidência de mecanismos de coerção (multa), só resta ao credor obter reparação pelos danos sofridos ante o inadimplemento.

O resultado prático equivalente à tutela específica da obrigação foi moldado exclusivamente para tutelar as obrigações de fazer e não fazer constantes de título executivo judicial, tanto que inserido, apenas, no art. 84, *caput*, do CDC. Entretanto, como tal regime é bem mais vantajoso do que o da execução autônoma de obrigações de fazer e não fazer contempladas em título extrajudicial (arts. 632 a 645 do CPC), admite-se, com ampla maioria na doutrina, que o titular destes títulos extrajudiciais (*v.g.*, termo de ajustamento de conduta) renuncie à tutela executiva a que tem direito em prol do processo de conhecimento previsto no art. 84 do CDC, já que, na futura fase de cumprimento, poderá obter, além da tutela específica, o resultado prático equivalente a ela.

Aliás, vale relembrar que o regime do art. 84 do CDC também se abebera de eventuais meios executivos predispostos no capítulo do CPC que trata da execução das obrigações de fazer e não fazer fundadas em título judicial e extrajudicial (arts. 461 e 632 a 645 do CPC), já que, nos termos dos arts. 475-R e 644, ambos do CPC, aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença (no que couber) as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.

1.6 Perdas e danos

Por mais de uma vez já anotamos que a substituição da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer pela tutela reparatória é medida de exceção. Nos termos do art. 84, § 1º, do CPC, a obrigação somente se

converterá em perdas e danos se o autor o requerer, ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

É mesmo bom que seja assim. Se o que se objetiva com o art. 84 do CDC é o exato adimplemento, a conversão da tutela específica em reparatória – principalmente em sede de processo coletivo, em que o maior interesse é mesmo a proteção do direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo – deve ser a exceção, e não a regra, como ocorria antes do advento do dispositivo. Esta é a interpretação ideal, inclusive dos mal redigidos arts. 247 e 251 do CC (que dão a impressão de que o inadimplemento da obrigação implica, automaticamente, a reparação por danos).

Aliás, mesmo o direito do autor coletivo de requerer a conversão da obrigação em perdas e danos só existe depois de concedido prazo suficiente para o devedor cumprir a obrigação de fazer ou não fazer. O direito do devedor em cumprir a obrigação nos exatos moldes em que condenado suplanta o direito do autor coletivo em preferir a reparação por danos.

Há uma hipótese, entretanto, em que o simples inadimplemento da obrigação já justifica a reparação pelos danos, eis que impossível a obtenção da tutela específica ou de seu resultado prático equivalente. Nas obrigações de não fazer instantâneas (aquelas cujo inadimplemento não é continuado, esvaindo-se em um único ato), o próprio ato que se pretendia obstar, caso praticado, impede que as coisas sejam tornadas ao *status quo ante*, com manifesto dano à parte. Daí por que só resta ao credor a reparação pelos danos sofridos, algo que não ocorre nas obrigações de não fazer permanentes, que admitem o desfazimento do ato, independentemente de eventual reparação por danos sofridos.

> Condenada empresa de comunicação do Estado (TV Pública ou Jornal estatal) a não exibir determinado programa, a não publicar e distribuir determinada matéria, ou a não permitir que o governante faça propaganda pessoal em dado programa ou edição, caso haja a veiculação do programa ou a distribuição da matéria proibida, o inadimplemento já se aperfeiçoou, não restando ao credor outra solução que não a reparação por danos no tocante a esta violação (obrigação de não fazer instantânea). Nada impede, entretanto, que se acautele quanto a futuras reiterações da prática vedada, obtendo medida inibitória, sob pena de multa.

As perdas e danos aqui referidos têm toda a extensão do art. 402 e ss. do CC, abrangendo não só o que o credor efetivamente perdeu, como também o que deixou de ganhar por conta do inadimplemento (lucros cessantes).

Procedimentalmente, as perdas e danos serão apurados nos próprios autos do processo em que restou frustrada a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, mediante o incidente de liquidação de sentença (art. 475-A e ss. do CPC). Após, sua execução segue o regime do art. 475-J e ss. do CPC (art. 475-I do CPC), se for contra o particular, e o regime do art. 730 do CPC, se contra o Poder Público (citação para embargos e expedição de precatório).

O destinatário dos valores recebidos a este título, em princípio, é o fundo de reparação e reconstituição de bens lesados, estabelecido pelo art. 13 da Lei n. 7.347/85.

> Interessante inovação foi trazida pelo CC/2002 no tocante às perdas e danos decorrentes do inadimplemento de obrigação de fazer e não fazer. De acordo com os arts. 249, parágrafo único, e 251, parágrafo único, ambos do CC, tratando-se de obrigação fungível (fazer) ou permanente (não fazer), pode o credor, em caso de urgência, *independentemente de autorização judicial*, executar ou mandar executar o ato, desfazer ou mandar que se desfaça o ato, sendo depois ressarcido pelo devedor. Trata-se de interessante hipótese de autotutela (a dispensar o manejo das medidas previstas no art. 84 do CDC), em que o credor, independente de prévia autorização judicial, tutela-se, *sponte propria*, de modo equivalente, postulando reparação oportuna contra o devedor da obrigação (art. 84, § 1º, do CDC). Quer nos parecer que esta hipótese de autotutela, embora de indiscutível alcance prático, não possa ser utilizada em face do Poder Público, eis que os atos deste, mesmo que omissivos, gozam do atributo da presunção de legalidade. Ademais, tendo natureza eminentemente privatista o dispositivo (arts. 249 e 251 do CC), não nos parece lícita sua aplicação irrestrita contra ente cuja regência é feita pelo direito público.

1.7 Tutela específica antecipada

A potencializar, ainda mais, o alcance da tutela específica da obrigação ou a obtenção do seu resultado prático equivalente, o art. 84, § 3º, do CPC, autoriza que o juiz, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, conceda a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia.

Majoritariamente, vem a doutrina entendendo que a tutela antecipada aqui referida é a mesma prevista no art. 273 do CPC, de modo que este art. 84, § 3º, do CDC, há de se interpretar conjuntamente àquele dispositivo. Por isto, as expressões "relevante fundamento da demanda" e "receio de dano de ineficácia do provimento final" equivaleriam a "prova inequívoca da verossimilhança" (art. 273, *caput*, do CPC) e "fundado receio de dano grave ou de difícil reparação" (art. 273, I, do CPC).

Além disso, sendo a tutela antecipada (geral ou das obrigações de fazer/não fazer) instituto único, com dupla previsão legal (arts. 273 e 461 do CPC), de se convir que: a) a tutela antecipada do art. 461, § 3º, também estaria sujeita à condição do art. 273, § 2º, do CPC (reversibilidade da medida), com todos os temperamentos doutrinários e jurisprudenciais hoje assentes (princípio da proporcionalidade); e b) cabe tutela antecipada nas obrigações de fazer/não fazer fundadas no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, do CPC), bem como na incontrovérsia de um dos pedidos cumulados (art. 273, § 6º, para aqueles que acreditam ser este uma das espécies de tutela antecipada).

> Há minoritário entendimento doutrinário a apontar que os requisitos do art. 461, § 3º, do CPC são bem mais tênues do que os do art. 273, *caput*, do CPC (que fala em prova inequívoca da verossimilhança). Assim, a obtenção de uma medida antecipatória de tutela nas obrigações de fazer e não fazer seria mais fácil.

Também se discute academicamente, na medida em que o art. 461, § 3º, do CPC, não emprega a expressão "a requerimento da parte", do art. 273, *caput*, do CPC, se seria lícito ao magistrado conceder oficiosamente a tutela antecipada nas ações que objetivem o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. Embora parcela da doutrina negue, em jurisprudência, é largo o entendimento contrário, admitindo a concessão oficiosa da medida, especialmente para tutelar direitos fundamentais (metaindividuais) como

saúde, alimentação, previdência etc.

A concessão, com ou sem justificação prévia (audiência inicial para colheita de prova oral para fins liminares), e eventual revogação/modificação da tutela antecipada devem ser fundamentadas, ainda que concisamente (art. 273, §§ 1º e 4º, do CPC).

As medidas antecipatórias nas obrigações de fazer requeridas contra o Poder Público são admitidas, mas sofrem os condicionamentos gerais do art. 1º da Lei n. 9.494/97 e do art. 1º da Lei n. 8.437/92 (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009), dispositivos considerados constitucionais pelo STF (ADC 4/DF).

Nos mandados de segurança coletivos e na ação civil pública, cabe medida antecipatória de tutela, mas só após audiência do representante judicial da Fazenda Pública em 72 horas (art. 2º da Lei n. 8.437/92 e art. 22, § 2º, da Lei n. 12.016/2009). Em outras palavras, a liminar não pode ser *inaudita altera pars* (embora o próprio STF, em caráter excepcional, admita-a mesmo nestas ações coletivas).

Tirantes estas hipóteses (e algumas outras de menor relevo constantes de disposição legal), é cabível tutela antecipada contra o Poder Público, inclusive sem sua prévia oitiva (como ocorre, corriqueiramente, em matéria previdenciária, a fim de se impor a implantação de benefício, nos termos da Súmula 729 do STF).

A tutela antecipada será cumprida, no que couber, por meio dos mesmos expedientes da sentença que imponha a obrigação de fazer e não fazer, isto é, pelo emprego das medidas executivas sub-rogatórias (executivas) e coercitivas (mandamentais) (art. 273, § 3º, do CPC). Assim, lícita a incidência de multa e das medidas de apoio do art. 273, § 5º, do CPC, como, aliás, infere-se do art. 84, §§ 4º e 5º, do CDC.

1.8 Multa

Sem dúvida, é a multa (*astreinte*) o principal meio de execução indireta do sistema, cujo alcance e utilidade são inegáveis no que toca à obtenção da tutela específica, ou do resultado prático equivalente, nas obrigações de fazer e não fazer.

A multa ora estudada tem natureza coercitiva ou intimidativa, diversa, portanto, da multa sancionatória do art. 14, parágrafo único, do CPC, ou de qualquer outra multa de caráter compensatório ou indenizatório prevista no

direito material. Aqui, não se objetiva que a multa incida, eis que o credor e o Estado-Juiz esperam e desejam o cumprimento voluntário da obrigação no prazo fixado. A multa atua sobre a vontade do devedor, para que ele perceba o quão desvantajoso é o não cumprimento da obrigação. O fato de a multa, caso não cumprida a ordem, ser executada não afasta sua natureza coercitiva, mas reforça a ideia de que, com o descumprimento, desnuda-se uma nova natureza de sanção punitivo-pecuniária para o instituto.

Eis por que o produto da multa não é vertido em favor do Estado, como ocorre com a multa sancionatória do art. 14, parágrafo único, do CPC. O destinatário do produto da multa (*astreinte*) incidente é o próprio credor, tudo sem prejuízo de eventual indenização por perdas e danos no caso de inadimplemento específico da obrigação (art. 84, § 2º, do CDC).

A principal hipótese de cominação da multa está nas obrigações de fazer infungíveis (*intuitu personae*) e nas obrigações de não fazer instantâneas (aquelas cujo inadimplemento ocorre imediatamente após a prática do ato vedado, de forma irreversível). Ambas, por não admitirem a obtenção do resultado prático equivalente, só interessam ao credor de modo específico, isto é, realizadas voluntariamente pelo próprio devedor, ainda que sob a ameaça da multa. Mas não se pode negar que a *astreinte* também tem utilidade nas obrigações de fazer fungíveis e nas de não fazer permanentes (aquelas cujo inadimplemento não é irreversível), pese a possibilidade de tais obrigações também serem alcançadas, de forma semelhante (resultado prático equivalente), por meio de medidas de sub-rogação. Neste sentido, basta analisar o art. 287 do CPC, para se constatar que a multa também é incidente nas obrigações fungíveis.

Prevalece no âmbito do STJ o entendimento de que a multa, fixada a requerimento da parte ou de ofício, passa a incidir tão logo se encerre o prazo concedido pelo juiz para o cumprimento voluntário da obrigação (art. 84, § 4º, *in fine*, do CDC), contado da data em que o obrigado foi intimado pessoalmente da decisão antecipatória ou da sentença que impôs a obrigação de fazer ou não fazer.

> Não vemos sentido neste entendimento superior de que a intimação para o cumprimento da obrigação de fazer e não fazer deva ser sempre pessoal. Esta posição não só despreza os poderes do procurador privado (art. 38 do CPC) ou público (os quais decorrem da lei) para receber intimações em

nome de seu constituinte, como também desprestigia a importância do advogado no processo (que tem bônus, mas também ônus ao atuar). Ademais, o entendimento acaba burocratizando um regime de cumprimento de sentença que preza pela rapidez e eficácia.

O prazo fixado pelo juiz para cumprimento da obrigação imposta na sentença coletiva ou na decisão antecipatória deve ser razoável, até para que não se tenha a multa como instrumento de incidência automática, como se fosse um prêmio ao titular da obrigação de fazer ou não fazer pelo não cumprimento espontâneo da obrigação (STJ, Resp 276.783/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 13-2-2001).

No processo individual, discute-se a partir de quando pode o credor executar a multa ante o não cumprimento da ordem, se imediatamente ou se só após o trânsito em julgado da sentença que reconheça e imponha a obrigação de fazer e não fazer. No processo coletivo, parece não restar dúvida diante da redação do art. 12, § 2º, da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85): "A multa cominada liminarmente só será exigível do réu *após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor*, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento".

A multa, diante do seu caráter pecuniário, deve ser cobrada por meio de execução por quantia, nos termos do art. 475-J e ss. do CPC, incidindo, inclusive, a multa de 10% caso não pago o seu montante total em 15 dias.

Sendo o sujeito da obrigação inadimplida o Estado – e não há razão alguma para não se admitir sua sujeição à multa coercitiva aqui analisada, conforme inúmeros precedentes jurisprudenciais do STJ (AGRGResp 189.108/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 2-4-2001; Resp 775.567/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 17-10-2005; Resp 770.524/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 24-102005; Resp 770.951/RS, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 3-102005; Resp 699.495/RS, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 5-9-2005) –, a execução da multa se dará, em regra, pelo regime do art. 730 do CPC c.c. art. 100 da CF; em outras palavras, a Fazenda será citada para opor embargos no prazo de 30 dias, e, improvidos os eventualmente opostos, expedir-se-á precatório (ofício requisitório) ou requisição de pequeno valor relativa ao valor da multa.

Em situações que envolvam relevantes e urgentes hipóteses, como o caso

de fornecimento de medicamentos a menores, sob risco de fazer letra morta o princípio da dignidade do ser humano e tornar inviável a própria vida, há julgados do STJ que, inclusive, apontam que a execução do valor da multa não se faz sob o regime de precatórios, mas, sim, mediante sequestro (arresto) de rendas públicas (Resp 727.303/RS, Rel. Min. Humberto Martins, *DJ* 7-11-2006; Resp 841.871/RS, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 8-11-2006; Resp 656.838/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 20-6-2005).

Não convence o argumento de alguns poucos no sentido de que não cabe a incidência de multa coercitiva contra o Estado, pois esta imposição não estaria sujeita ao reexame necessário do art. 475 do CPC. O reexame necessário é condição de eficácia da sentença condenatória e pecuniária proferida contra o Estado nas hipóteses especificadas no art. 475 do CPC. A multa não tem esta natureza condenatória, tampouco objetiva que o Estado repare dano, tanto que, se cumprida a obrigação, não haverá incidência da multa. Não há mesmo espaço para o reexame necessário.

Corriqueiras são as imposições de multa contra o Poder Público em processos que reconhecem o dever do Estado de fornecer medicamentos à população, que assegurem à criança o direito a creche, ou mesmo que determinem a implantação de benefício previdenciário em favor do segurado. Afinal, "o meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis à proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados" (STJ, Resp 771.616/RJ, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 1º-8-2006).

Parcela minoritária da doutrina sustenta que, nas ações de obrigação de fazer e não fazer contra o Estado, a multa deve incidir contra a pessoa do administrador público que, voluntariamente, recusa-se a cumprir a obrigação, tendo condições de fazê-lo (raciocínio que, da mesma forma, pode ser aplicado ao administrador de qualquer pessoa jurídica). Se, por um lado, esta posição traz o inconveniente de criar uma nova situação de responsabilidade

patrimonial não prevista em lei (art. 591 e ss. do CPC); por outro, não onera os cofres públicos por conta da irresponsabilidade e desobediência do administrador público. Somos simpáticos a esta tese, desde que comprovado que o inadimplemento é voluntário (isto é, que o administrador não cumpre a obrigação, tendo condições de fazê-lo sem prejuízo de outras obrigações de maior importância). Mas a jurisprudência a rejeita.

No tocante ao valor da multa, não há critério legal. Tudo que temos positivado é que o juiz poderá, de ofício – e obviamente diante de algum evento novo –, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva (art. 461, § 6º, do CPC, subsidiariamente). Mas algumas conclusões podem ser tiradas da praxe: a) a multa não precisa ser fixada por dia de atraso no cumprimento da obrigação (multa diária), podendo incidir de forma única após o fim do prazo para cumprimento voluntário (parcela única pelo descumprimento da obrigação), em horas, semanas ou meses; b) o seu valor não fica prefixado pelo valor da obrigação principal convertida em perdas e danos, podendo o montante da multa pelo tempo de inadimplemento até exceder o valor da reparação; em outras palavras, o valor da obrigação não serve de parâmetro para fixação do valor da multa, havendo hipóteses em que, só com a imposição de uma multa de valor considerável, bem acima do valor do dano suposto, o devedor se sente compelido a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer; e c) na fixação do valor da multa, o juiz há de se valer da regra da proporcionalidade, aferindo, principalmente, a capacidade econômica do devedor e se o valor e a periodicidade da multa são capazes de tornar menos desvantajoso o cumprimento da obrigação.

Tem se entendido que o valor da multa e sua periodicidade são questões sujeitas à análise de situação fática decorrente da prova dos autos, de modo que não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, alterar o padrão fixado pelas instâncias ordinárias (STJ, Resp 898.260/RS, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 25-5-2007).

Por fim, sendo a multa de caráter coercitivo, ficando constatado o inadimplemento mesmo após sua incidência por razoável período (aferível no caso concreto), perde a *astreinte* a sua finalidade. Constatada tal situação, o juiz, de ofício ou a requerimento, deverá alterar a periodicidade ou a intensidade da multa. Pode, inclusive, já aferindo que isto não alterará o quadro do inadimplemento, buscar outra medida a bem da tutela da obrigação (deixando a conversão em perdas e danos para último caso). Não se pode

admitir que o credor, feliz com a incidência da multa, deixe-a incidir por longo período, para, depois, além de pretender a reparação pelos danos do inadimplemento, executar a multa, enriquecendo-se, assim, ilicitamente.

1.9 Medidas de apoio

O art. 84, § 5º, do CDC, estabelece que, para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Contempla-se aqui aquilo que doutrinariamente se convencionou chamar de medidas de apoio à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, isto é, medidas que, sem prejuízo da multa, podem ser aplicadas em prol da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente.

> Condenada casa noturna a diminuir o volume de seus potentes aparelhos sonoros a bem da tutela do meio ambiente, caso não o faça mesmo após a cominação de multa (tutela específica), pode ser determinada a medida de apoio de busca e apreensão dos aparelhos de som para obtenção do resultado prático equivalente. E se mesmo assim não for alcançando o fim almejado (eis que a casa noturna pode ter outros aparelhos sonoros), admite-se nova medida de apoio consistente no impedimento de atividade nociva, isto pela via do fechamento da casa (resultado prático equivalente).

O rol do dispositivo, à luz da expressão “tais como”, é meramente exemplificativo. Aqui há autorização para o uso de medidas outras não imaginadas pelo legislador, a serem eleitas conforme a necessidade do caso concreto e a criatividade dos operadores jurídicos (exs.: bloqueios e sequestro de valores, remoção provisória do administrador etc.). As medidas de apoio funcionam da mesma forma que o poder geral de cautela do juiz do art. 798 do CPC, concedendo ao magistrado um poder supletivo ao legislador, de eficácia global. Por isto, boa parcela da doutrina aponta este dispositivo como o principal representante, no âmbito das obrigações de fazer e não fazer, do *princípio da atipicidade dos meios executivos*. Até

então, no âmbito da teoria geral da execução, só se admitia o emprego de expedientes executórios expressamente previstos em lei (princípio da tipicidade dos meios executivos).

Todos estes poderes do juiz previstos no art. 84, § 5º, do CDC são controlados pela proporcionalidade e pela ampla possibilidade de recurso da parte prejudicada (agravo de instrumento). O que antes era controlado pela tipicidade (já que o legislador prefixava os atos executivos a serem praticados), hoje acaba sendo tutelado pela confiança legislativa de que os operadores jurídicos manejarão com cautela, mas não com timidez, os instrumentos aqui previstos a bem da tutela das obrigações de fazer e não fazer.

> O Superior Tribunal de Justiça já admitiu, em processo em que o Poder Público fora condenado a fornecer medicamento a cidadão, o bloqueio de verbas públicas até que fosse cumprida a obrigação de fazer. Pontuou-se que, em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (art. 730 do CPC e art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (*v.g*., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciários), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante sequestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, deve prevalecer o primeiro sobre o segundo. Assim, sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial da medida de apoio de bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente (Resp 840.912/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15-2-2007; EResp 770.969/RS, Rel. Min. José Delgado, *DJ* 21-8-2006).

A maioria das medidas expressamente previstas no art. 461, § 5º, é sub-rogatória. Mas há, também, medidas coercitivas em seu bojo (multa por tempo de atraso), sem prejuízo de outras que poderão ser aplicadas atipicamente.

Rememore-se que no âmbito do processo coletivo tem se permitido ao Judiciário implementar políticas públicas (item 6.1 do Capítulo 7), e que a grande dificuldade disto é a execução da medida: como fazer que o administrador público realoque verba para dar cumprimento à decisão judicial?

Sem dúvida, a multa (*astreinte*) é o mecanismo mais utilizado (art. 84, § 4º, do CDC). Outros mecanismos, entretanto, devem ser empregados com fundamento no art. 84, § 5º, do CDC, até porque o interesse da coletividade não é a oneração da administração com a incidência pecuniária (execução da multa), mas, sim, o cumprimento da obrigação *in natura* (construção do abrigo, concessão do tratamento médico, aumento do efetivo policial etc.).

Várias medidas têm sido apontadas pela doutrina – não pela jurisprudência, ainda absolutamente receosa em obrigar a administração pública a efetivamente cumprir os comandos judiciais – para efetivação de políticas públicas.

A primeira delas seria a responsabilização direta do administrador público pelo pagamento da multa coercitiva (*astreinte*), ou mesmo a responsabilização por improbidade administrativa (art. 11 da Lei n. 8.429/92). Tal medida, caso aceita, por evidente, só teria cabimento nas hipóteses em que o administrador, tendo condições e poderes para implementar a política pública ordenada, não o faça voluntariamente.

A segunda medida – diretamente inspirada no direito italiano – seria a nomeação de um administrador público provisório, apenas, para implementação da política pública. Neste caso, ordenada à administração uma conduta a bem dos direitos fundamentais, e não tendo sido ela cumprida no prazo e nas condições estabelecidas, o juiz nomearia este administrador provisório para, assumindo o controle da administração, realocar verbas e executar a política pública ordenada. Concluída a execução da política, o administrador titular reassumiria seu posto.

Há, ainda, uma terceira medida executiva relacionada à efetivação judicial das políticas públicas a bem do cumprimento das obrigações de fazer: o controle do orçamento. De fato, e até para afastar a tese da reserva do possível, pode o Judiciário, excepcionalmente, intervir no orçamento público a bem da tutela dos direitos fundamentais.

O controle orçamentário poderá ser preventivo ou concomitante. Será preventivo quando o Judiciário atuar diretamente no plano plurianual (art.

165, § 1º, da CF) ou fizer vinculação de verba programada para o orçamento do exercício seguinte (art. 165, § 5º, da CF), ordenando, portanto, que se reservem valores futuros para a implementação da política pública. O controle concomitante – empregado nas hipóteses de absoluta urgência – se dá por desvio de despesa, isto é, por meio da realocação de recursos do próprio orçamento vigente, retirando-se verba destinada à execução de obra ou serviço de menor importância (*v.g.*, construção de praças, recapeamento asfáltico etc.) em favor da tutela do direito fundamental.

1.10 As obrigações de fazer e não fazer impostas em sede de mandado de segurança coletivo

Além das medidas já estudadas nos itens precedentes, a bem do cumprimento da obrigação de fazer e não fazer imposta em sede de processo coletivo, se a obrigação tiver sido determinada em sede de mandado de segurança coletivo, o sistema propicia meios mais incisivos de responsabilização pessoal do destinatário da ordem.

O art. 26 da Lei n. 12.016/2009 dispõe que "Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis".

Diante da natureza do provimento mandamental, entende-se que, mais do que a imposição de uma obrigação pelo Estado-Juiz, o ato aqui emanado é uma ordem estatal cogente.

Consequentemente, o não cumprimento gera não só a possibilidade de execução da sentença ou da decisão antecipatória proferida – que se fará nos termos do art. 84 do CDC, arts. 461-A ou 730 do CPC (a depender da natureza da obrigação) –, mas a própria prática de crime pela autoridade responsável pelo cumprimento da decisão.

Antes da vigência do art. 26 da Lei n. 12.016/2009, havia discussão acadêmica – na inexistência de disposição correspondente na Lei n. 1.533/51 – a respeito do crime praticado pela autoridade ou equiparado que não cumpria decisão mandamental.

Alguns sustentavam que o não atendimento à ordem mandamental poderia configurar o crime de prevaricação (art. 319 do CP), se constatado que o não cumprimento da ordem se dava por questão de interesse ou

sentimento pessoal, até mesmo porque não havia a prática de desobediência (art. 330 do CP), pelo fato de que tal conduta penal só poderia ser praticada por particular.

> Assim, "a recusa da autoridade coatora em cumprir a ordem judicial pode, por força de atipia relativa (se restar entendido, como dedução evidente, a de satisfação de interesse ou sentimento pessoal), configurar, também, o delito de prevaricação (art. 319 do CP). Só a atipia absoluta, de plano detectável, é que ensejaria o reconhecimento da falta de justa causa" (STJ, RHC 13.964/SP, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, j. 1º-4-2004).

Outros, entretanto, insistiam na prática da desobediência, principalmente nas hipóteses em que não havia vínculo funcional entre a autoridade ordenante e a ordenada.

> O Superior Tribunal de Justiça, notadamente a Col. Quinta Turma, contrariando parte da doutrina, assentava o entendimento segundo o qual é possível a prática do crime de desobediência por funcionário público, no exercício de suas funções (STJ, HC 30.390/AL, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, j. 3-2-2004). Estabelecia, ainda, que "a autoridade coatora, mormente quando destinatária específica e de atuação necessária, que deixa de cumprir ordem judicial proveniente de mandado de segurança pode ser sujeito ativo do delito de desobediência (art. 330 do C.P.). A determinação, aí, não guarda relação com a vinculação – interna – de cunho funcional-administrativo e o seu descumprimento ofende, de forma penalmente reprovável, o princípio da autoridade (objeto da tutela jurídica)" (RHC 12.780, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, j. 27-5-2003).

Parece-nos que a nova disposição acaba em termos com esta discussão, na medida em que impõe, *ainda que por equiparação,* o descumprimento da decisão mandamental ao crime de desobediência, seja o destinatário da ordem funcionário público ou equiparado.

Algumas questões restam ainda abertas, e certamente poderão ser dirimidas pelos *expertos* em direito penal. Pode haver concurso de crime de desobediência e prevaricação, quando a autoridade ordenada se nega a

cumprir a decisão por sentimento ou interesse pessoal? Persiste o crime, se o descumprimento se dá por impossibilidade fática ou financeira de se atender ao comando mandamental?

Seja como for, o fato é que, em se tratando de crime de pequeno potencial ofensivo (art. 61 da Lei n. 9.099/95 c.c. art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001), não se imporá a prisão em flagrante do renitente destinatário da ordem se ele se comprometer a comparecer oportunamente perante os Juizados Especiais Criminais (art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95).

Ou seja, o disposto no artigo ora comentado pouco amedronta aquele que, efetivamente, tenha por escopo descumprir a ordem judicial.

Teria sido bem mais interessante se o legislador tivesse criado um tipo específico para o descumprimento da decisão mandamental e, principalmente, que tivesse estipulado uma sanção – que poderia ser até não penal (afastamento temporário do cargo, multa pessoal etc.) – a qual não acabasse no pagamento de uma cesta básica (art. 72 da Lei n. 9.099/95) nos Juizados Especiais Cíveis ou Federais.

Dependendo da autoridade destinatária da ordem, o crime praticado pelo descumprimento da ordem mandamental pode ser distinto da desobediência. Na medida em que a Lei n. 12.016/2009 faz referência à Lei n. 1.079/50 – e é uma pena que não o tenha feito, de modo expresso, ao Decreto-lei n. 201/67 (para alcançar os prefeitos e vereadores) –, é possível que alguns agentes políticos (Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores) cometam crime mais grave caso não obedeçam a uma ordem mandamental. O art. 12, 2, da Lei n. 1.079/50, é expresso no sentido de que é crime de responsabilidade deixar de cumprir as decisões do Poder Judiciário, o que, por óbvio, inclui a proferida em sede de mandado de segurança. A maior gravidade da conduta destes agentes advém do fato de que não são subalternos, mas, sim, chefes de poder e agentes políticos do alto escalão (como tal, não apenáveis administrativamente), de modo que devem zelar pela observância do princípio constitucional da independência dos poderes da República (art. 2º da CF).

Além da prática de desobediência, o agente público que não der cumprimento às decisões mandamentais fica sujeito a sanções de natureza

administrativa, a serem aplicadas pelos superiores hierárquicos, especialmente quando o descumprimento tenha sido voluntário ou não submetido ao crivo da chefia imediata.

Obviamente, até por força de imperativo constitucional, no processo administrativo disciplinar, devem ser assegurados ao funcionário público o devido processo legal e todos os meios de defesa a ele inerentes.

É possível, ainda, que o descumpridor da decisão mandamental, ou mesmo aquele que cause embaraço ao seu cumprimento, sofra a sanção processual prevista no art. 14, V, e parágrafo único, do CPC: multa fixada de acordo com a gravidade da conduta, no percentual de 20% do valor da causa.

Tal multa, a qual pode ser aplicada, inclusive, a terceiro que não seja parte da impetração, mas não ao advogado ou ao procurador do ente público, caso não paga após o trânsito em julgado da impetração, será inscrita na dívida ativa para fins de execução fiscal.

Por fim, apesar da omissão legislativa, também nos parece possível que o descumprimento da decisão concessiva do MS coletivo possa acarretar a responsabilização dos agentes públicos (ao menos dos sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa) pela prática de improbidade, nos termos do art. 11, I, da Lei n. 8.429/92, com a aplicação das respectivas sanções previstas no art. 12 da citada lei.

A única ressalva ora feita é que, para a ocorrência da improbidade, é essencial uma conduta dolosa, dirigida imediatamente ao descumprimento voluntário da decisão. O descumprimento involuntário, advindo da impossibilidade fática de ser efetivada a prestação, não acarreta a responsabilização por improbidade (STJ, Resp 626.034/RS, 2ª T., Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 28-3-2006).

2. Cumprimento de sentenças nas ações coletivas que imponham obrigação de entrega

Diante da omissão da legislação coletiva a respeito do tema, a disciplina do cumprimento das sentenças nas ações coletivas que imponham obrigação de entrega é toda dada no art. 461-A do CPC (subsidiariedade).

O § 3º do citado dispositivo estabelece que se aplique à ação prevista no artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461, que nada mais é do que uma cópia melhorada do art. 84 do CDC.

Assim, o modelo de cumprimento das sentenças nas ações coletivas que

reconheçam obrigação de entrega – que são bastante raras – é muito semelhante ao das sentenças que reconheçam obrigação de fazer e não fazer, valendo praticamente todas as considerações que fizemos no tópico precedente.

Duas diferenças fundamentais, entretanto, devem ser notadas.

A primeira, no sentido de que a medida executiva por excelência na tutela das obrigações de entrega – e que garante por completo a tutela específica da obrigação – é a busca e apreensão ou a imissão na posse da coisa desejada. Assim, não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á, em favor do autor coletivo, mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel (art. 461-A, § 2º, do CPC). Só depois de não encontrado o bem, passam a incidir as outras medidas coercitivas e de apoio, especialmente a multa.

E a segunda no sentido de que nas obrigações de entrega pode ser necessário, antes da incidência de medidas a bem do cumprimento forçado da obrigação, um procedimento prévio para definição da coisa a ser entregue (obrigações para entrega de coisa incerta). Prevê o art. 461-A, § 1º, do CPC, que, em se tratando de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

> Para vários autores, não é possível, nas obrigações de entrega de coisa, a obtenção do resultado prático equivalente, vez que não seria possível a substituição da coisa desejada por outra semelhante. Pensamos que tal raciocínio até é válido para as coisas absolutamente infungíveis, mas nada impede que haja obtenção do resultado prático equivalente nas coisas fungíveis e mesmo nas infungíveis, quando haja aquiescência do credor.

3. Liquidação e cumprimento de sentença nas ações coletivas que imponham obrigação de pagar

No cumprimento de sentença nas ações coletivas que imponham obrigação de pagar, inicialmente, é importante destacar que o modelo de liquidação e execução é diverso, conforme se tratar de sentença coletiva que

reconheça direitos difusos e coletivos (naturalmente coletivos), ou que reconheça direitos individuais homogêneos.

Também é conveniente destacar que o modelo é variável quando se tratar de liquidação/execução coletiva de sentença (em favor da coletividade), ou quando, embora coletiva a sentença, a liquidação/execução for individual (em favor de cada uma das vítimas ou sucessores do evento causador do dano).

3.1 Liquidação e cumprimento de sentenças coletivas tutelares dos direitos e interesses difusos e coletivos ("stricto sensu")

Existem dois grandes modelos de liquidação/execução de sentenças de pagar proferidas em favor dos direitos naturalmente coletivos: a) liquidação/execução da pretensão coletiva; e b) liquidação/execução da pretensão individual decorrente.

3.1.1 Liquidação e execução da pretensão coletiva

O primeiro modelo é o destinado à satisfação dos direitos creditícios de natureza difusa ou coletiva, por exemplo, o da sentença que reconhece o dever de dado administrador público a reparar os prejuízos financeiros (*v.g.*, R$ 50.000,00) que causou ao erário; a sentença que condena determinada empresa a indenizar em dinheiro a coletividade (como um todo) ou determinada categoria por danos morais coletivos.

> Evidentemente, o procedimento de liquidação da sentença coletiva ora investigado só existirá se a condenação não for líquida (quantificada), conforme, aliás, é a clara regra do art. 14 da Lei de Ação Popular, aplicada a todo o sistema: "Se o valor da lesão ficar provado no curso da causa, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado na execução (*rectius*: liquidação)". O procedimento, aqui, segue integralmente o disposto nos arts. 475-A e ss. do CPC (incidente de liquidação de sentença), sendo que, na hipótese, realmente estaremos diante de uma liquidação de sentença, cujo único objetivo é apurar o dano já declarado na fase de conhecimento (não se trata da liquidação imprópria, sobre a qual comentaremos a seguir).

a) Legitimidade

A legitimidade para o ajuizamento da liquidação/execução da pretensão coletiva é, em regra, do autor da ação coletiva (aquele que propôs a ação). Decorrido, entretanto, o prazo de 60 (sessenta) dias sem que o autor da ação dê início à fase de liquidação/execução, qualquer colegitimado coletivo pode, e o Ministério Público deve, tomar medidas a bem do cumprimento da sentença.

Trata-se do princípio da *indisponibilidade da execução coletiva* (item 2 do Capítulo 7), expressamente previsto no art. 15 da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e no art. 16 da Lei n. 4.717/65 (Lei de Ação popular).

b) Destinatário das indenizações

O destinatário dos valores percebidos em virtude da liquidação/execução da pretensão coletiva é variável.

Se a ação coletiva objetivava a reparação de valores aos cofres públicos (administração direta, indireta ou entidades subvencionadas), os valores serão vertidos à própria pessoa jurídica lesada (ainda que não seja parte no processo). Esta é a interpretação que decorre do art. 18 da Lei de Improbidade Administrativa (aplicável a todas as ações coletivas reparatórias de dano ao patrimônio público por conta da interpretação integrativa do microssistema processual coletivo): "A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito".

> Interessante notar que na Lei de Ação Popular parece-nos haver uma regra aplicável a todas as ações coletivas que objetivem a reparação de danos causados ao patrimônio público em sentido lato (e não só à ação popular). O art. 14, § 3º, da Lei n. 4.717/65, cria uma exceção à impenhorabilidade salarial do art. 649, IV, do CPC, ao estabelecer que "Quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento de dano causado, se assim mais convier ao interesse público". Interessante também notar que o mesmo dispositivo, logo no § 4º, ainda prevê que a parte condenada

a restituir bens ou valores ficará sujeita a arresto ou sequestro desde a prolação da sentença condenatória.

Se a ação coletiva objetivava a reparação de outros valores, diversos do patrimônio público (meio ambiente, consumidor, idoso etc.), as quantias serão vertidas a um fundo de reparação de bens lesados (art. 13 da LACP).

Este fundo – na verdade, vários fundos, já que, além do da União (Lei n. 9.008/95), existem os fundos estaduais, que suportam as condenações aplicadas pela Justiça Estadual – é gerido por um conselho de composição mista, com membros da sociedade civil, da administração direta e do Ministério Público.

O fundo não é composto, apenas, por valores advindos de multas e condenações aplicadas no âmbito do processo coletivo, mas, principalmente, por valores decorrentes de multas e indenizações advindos da aplicação da Lei n. 7.853/89 (desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais); dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único do CDC; das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei n. 7.913/89; das multas referidas no art. 84 da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994; entre outros valores.

Pensamos que este fundo de reparação de bens ou direitos lesados, ao menos no concernente à defesa dos direitos difusos e coletivos, não é uma boa solução. Primeiro, porque este fundo, sendo composto por verbas que, a partir do depósito, tornam-se públicas, é objeto de contingenciamento orçamentário, dependendo de aprovação de projetos e outras formalidades para ser, efetivamente, empregado na defesa de bens e direitos supraindividuais. E, segundo, pois não há garantia alguma de que os valores arrecadados em virtude da ofensa a determinado bem coletivo sejam oportunamente aplicados para a reparação deste próprio bem. Por isto nos afigura corretíssima a solução proposta no art. 46 do PL 5.139/2009: “Art. 46. Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação relacionada com interesses ou direitos difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada. § 1º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a

utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano. § 2º Na definição da aplicação da verba referida no *caput*, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada".

c) Competência

Tratando-se de liquidação/execução da sentença coletiva proferida na defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, será competente para seu processamento o juízo da condenação, nos termos do art. 475-P, II, do CPC.

3.1.2 Liquidação e execução da pretensão individual decorrente

Conforme outrora analisado (item 2.2 do Capítulo 9), os arts. 103, § 3º, e 104, do CDC, possibilitam à vítima (ou sucessores) do dano decorrente do evento narrado na ação coletiva transportar *in utilibus* a sentença lá proferida para o plano individual, ainda que a ação seja para a defesa dos direitos difusos e coletivos (naturalmente coletivos).

Assim, caso em ação civil pública seja constatado o dano ao meio ambiente, com determinação para que a empresa poluidora o repare (direitos difusos) (obrigação de fazer), um pescador (ou sucessores dele) vitimado pelo evento (impossibilidade de pescar no rio poluído) pode se valer da sentença proferida para liquidar/executar os danos experimentados individualmente.

A satisfação do direito do indivíduo (ou sucessores), nestes casos de transporte *in utilibus* de sentença proferida em sede de direitos difusos e coletivos, fica condicionada a prévio processo de liquidação individual dos danos. De *liquidação* este processo só tem o nome. Na verdade, não se apura apenas o *quantum debeatur* (valor do dano), mas, também, a própria existência do dano individual e o nexo de causalidade entre ele e a conduta praticada pelo condenado na sentença coletiva. Pensamos na esteira de prestigiosa doutrina que, em realidade, o que ocorre na espécie é um processo anômalo de fixação de danos decorrentes do evento

constado na ação coletiva, ora nominado, à míngua de outra expressão melhor, como habilitação ou *liquidação imprópria*.

a) Legitimidade

A legitimidade para liquidar/executar a pretensão individual decorrente da ação para a tutela dos direitos difusos e coletivos é das vítimas e sucessores. Não é possível que se fixe o valor do dano individualmente experimentado na própria ação coletiva para a tutela dos direitos difusos e coletivos, vez que estas demandas não têm por objeto a defesa de direitos individuais (ainda que homogêneos).

b) Destinatário das indenizações

Da mesma forma, tratando-se de direitos individuais liquidados/executados, os beneficiários são as vítimas e sucessores, e não o fundo de reparação de bens e direitos lesados, na forma do art. 13 da Lei n. 7.347/85.

c) Competência

Tratando-se de liquidação/execução de sentença coletiva para apuração de danos individualmente experimentados, a ação poderá ser ajuizada no domicílio da vítima ou sucessores dela, na forma do art. 101, I, do CDC (vez que se trata de ação de responsabilidade civil). A regra nos parece ser aplicável a qualquer ação coletiva (não só para a defesa dos consumidores), à luz do microssistema processual coletivo.

> Esta questão restou recentemente pacificada no âmbito da Corte Especial do STJ, à luz do veto existente no art. 97, parágrafo único, do CDC (que expressamente permitia à vítima e sucessor liquidar/executar a pretensão individual no foro de seu domicílio): “(...) levando-se em conta os princípios norteadores para correta interpretação do código em comento, sobretudo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, princípio esse que conduz ao subprincípio da facilitação de sua defesa em juízo, causa perplexidade determinar que o consumidor deva, necessariamente, deslocar-se ao juízo onde foi proferida a sentença coletiva, para só então promover a liquidação/execução individual. Se o consumidor pretendesse

ajuizar individualmente a ação de conhecimento, poderia fazê-lo em seu próprio domicílio, cuja execução também poderia nesse foro tramitar (art. 101, inciso I, e art. 98, § 2º, inciso I, do CDC). O entendimento baseado exclusivamente no veto presidencial ao art. 97, parágrafo único, CDC, retira do consumidor esse benefício nos casos de execução individual de sentença coletiva. Ou seja, o benfazejo instrumento da ação civil pública, que deve facilitar o acesso do consumidor à justiça, acabaria por dificultar ou mesmo inviabilizar por completo a defesa do consumidor em juízo, circunstância que, por si, desaconselha tal interpretação. Ademais, caso todas as execuções individuais de ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores, ações essas que comportam, por vezes, milhares de consumidores prejudicados, tivessem de ser propostas no mesmo juízo em que proferida a sentença transitada em julgado, inviabilizar-se-ia o trabalho desse foro, com manifesto prejuízo à administração da justiça" (STJ, Resp 1.243.887/PR, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.10.2011).

É possível também, a critério da parte interessada (vítima ou sucessores), o ajuizamento da liquidação/execução no juízo da ação coletiva (art. 98, § 2º, I, do CDC). A regra não nos parece boa, vez que este juízo poderá ser completamente assoberbado – com prejuízos enormes a todos os demais feitos em curso na unidade – caso as vítimas e sucessores que fizerem a opção pela liquidação/execução neste local sejam em grande número.

3.2 Liquidação e cumprimento de sentenças coletivas tutelares dos direitos e interesses individuais homogêneos

Existem três grandes modelos de liquidação/execução de sentenças de pagar proferidas em favor dos direitos acidentalmente coletivos: a) liquidação/execução da pretensão individual correspondente; b) execução coletiva da pretensão individual correspondente; e c) liquidação/execução da pretensão coletiva residual (*fluid recovery*).

3.2.1 Liquidação e execução da pretensão individual correspondente

(art. 97 do CDC, 1ª parte)

Conforme outrora analisado (item 2.2 do Capítulo 9), os arts. 103, § 3º, e 104, do CDC, possibilitam à vítima (ou sucessores) do evento narrado na ação coletiva para a tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos transportar *in utilibus*, para o plano individual, a sentença lá proferida.

Exemplificativamente, caso na ação coletiva seja fixado o direito dos poupadores de determinado banco a receber correção monetária não aplicada aos saldos existentes à época, os correntistas ou seus sucessores poderão liquidar/executar a sentença coletiva para apurar o valor que individualmente será recebido; caso na ação coletiva seja empresa farmacêutica obrigada a indenizar as vítimas de um medicamento sem efeitos, cada uma delas ou os seus sucessores poderão transportar *in utilibus* a sentença coletiva, apurando individualmente os danos sofridos.

Este modelo de liquidação/execução da sentença coletiva é muito semelhante ao estudado no item anterior (liquidação em execução da pretensão individual decorrente). Isto se revelará pela comparação dos itens abaixo tratados com os vistos no tópico próprio (item 3.1.2 do Capítulo 12).

Os dois modelos, contudo, distanciam-se na fase liquidatória. Embora ambos dependam de *liquidação imprópria – i.e.*, aquela em que, além do *quantum debeatur*, a vítima (ou sucessores) deve provar o nexo de causalidade com o dano – a prova das consequências do dano no modelo da liquidação/execução da pretensão individual correspondente (direitos individuais homogêneos) é bem mais simples do que no modelo da liquidação/execução da pretensão individual decorrente (direitos difusos e coletivos). Afinal, na ação para a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, já está havendo tutela específica da situação das vítimas (ou sucessores), muitas vezes, inclusive, com o estabelecimento de premissas para liquidação/execução no plano individual (fixação de valores mínimos), quiçá até mesmo com quantificação da obrigação do condenado (caso em que as vítimas ou sucessores só comprovarão o nexo de causalidade). Na liquidação/execução individual da sentença proferida no âmbito dos direitos difusos e coletivos (decorrente), a sentença não faz sequer referência aos danos experimentados no âmbito individual, competindo àquele que fizer o transporte *in utilibus* a prova completa deles, do nexo e do *quantum*.

a) Legitimidade

A legitimidade para liquidar/executar a pretensão individual correspondente é das vítimas e sucessores (art. 97 do CDC).

b) Destinatário das indenizações

Da mesma forma, tratando-se de direitos individuais liquidados/executados, os beneficiários são as vítimas e sucessores. Não há, em princípio, valores vertidos ao fundo de reparação de bens e direitos lesados (art. 13 da Lei n. 7.347/85), vez que, nos direitos e interesses individuais homogêneos, os seus titulares são identificáveis (ao menos nesta fase de liquidação/execução).

Em regra, estes valores executados são previamente liquidados, por meio do procedimento de liquidação de sentença (imprópria), já que a sentença proferida é genérica, na forma do art. 95 do CDC. Mas, em alguns casos, já sendo possível ao juízo da fase cognitiva fixar o valor indenizatório, a sentença pode ser líquida (com fixação de um valor para cada vítima), caso em que fica dispensado o procedimento prévio de liquidação.

c) Competência

Tratando-se de liquidação/execução de sentença coletiva para apuração de danos individualmente experimentados, a ação poderá ser ajuizada no domicílio da vítima ou sucessores dela, na forma do art. 101, I, do CDC (vez que se trata de ação de responsabilidade civil). A regra nos parece ser aplicável a qualquer ação coletiva (não só para a defesa dos consumidores), à luz do microssistema processual coletivo. Valem aqui as mesmas considerações feitas no tópico sobre competência da liquidação/execução da pretensão individual derivada (direitos difusos e coletivos).

É possível também, a critério da parte interessada (vítima ou sucessores), o ajuizamento da liquidação/execução no juízo da ação coletiva (art. 98, § 2º, I, do CDC). Também vale aqui a crítica que fizemos no item 3.1.2 deste capítulo (letra “c”).

d) Honorários advocatícios na liquidação/execução individual de sentença coletiva contra o Poder

Público

O art. 1º-D da Lei n. 9.494/97 estabelece que "Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas".

A disposição tem nítido escopo: desonerar a Fazenda Pública do pagamento de sucumbência na fase de cumprimento de sentença. Afinal, como a Fazenda não tem o poder de efetuar diretamente o pagamento do valor a que obrigada, nos termos do art. 100 da CF (precatórios), não seria razoável que tivesse que pagar os honorários da fase executiva, ao menos quando não resistisse a ela.

Preponderou a ideia, ademais, de que o advogado da parte vencedora já foi remunerado na fase de conhecimento, de modo que não haveria maiores prejuízos pelo não recebimento de honorária na fase executiva.

Este entendimento, contudo, não pode ser aplicado às liquidações/execuções da pretensão individual correspondente contra a Fazenda Pública.

Isto porque o advogado da fase cognitiva não recebeu nenhum valor pelos serviços que prestará, já que a condenação foi genérica (art. 95 do CDC) e em demanda patrocinada por um dos entes legitimados à propositura da ação coletiva (art. 5º da LACP). O patrocínio da causa pelo advogado da vítima/sucessores é inaugurado exatamente com o ajuizamento da liquidação/execução da pretensão individual correspondente.

Por este motivo, o STJ editou a Súmula 345, para estabelecer que "São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas", excepcionando-se, portanto, a regra do art. 1º-D da Lei n. 9.494/97.

3.2.2 Execução coletiva da pretensão individual correspondente

O art. 98 do CDC estabelece que "A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções".

E o § 1º do dispositivo ainda diz: "a execução coletiva far-se-á com base

em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado".

Bem se vê, assim, que os titulares da pretensão individual correspondente – desde que já tenham previamente apurado individualmente (*liquidação imprópria*) os danos particulares – poderão ver promovida execução coletiva do somatório dos valores encontrados.

> Observe que neste modelo não é realizada a liquidação coletiva das pretensões individuais correspondentes, algo impossível diante das particularidades da situação de cada vítima ou sucessores (consideradas para fins de fixação do valor da indenização devida). Este é o motivo pelo qual, neste modelo, é indispensável a prévia liquidação (imprópria) individual dos danos experimentados, com o autor da execução coletiva apresentando, na inicial, certidões das sentenças que fixaram o *quantum* devido a cada uma das vítimas beneficiadas pela execução coletiva.

A opção do legislador foi a de permitir que em uma única execução coletiva fossem unificados esforços a bem do recebimento dos valores. Isto ocorre porque os legitimados coletivos (art. 82 do CDC), como regra, têm melhores condições técnicas, processuais e, em alguns casos, até mesmo econômicas, para demandar em nome da coletividade beneficiada pela sentença coletiva.

Apesar da boa intenção legislativa, o emprego, na prática, deste modelo executivo é bastante raro. Uma vez que a parte já teve de constituir advogado para o ajuizamento da ação de liquidação (imprópria) da sentença coletiva, tudo leva a crer que este advogado continuará a atuar na fase executiva da ação individual, até porque isto tem reflexos na honorária que perceberá em razão do evento.

a) Legitimidade

De acordo com o art. 98 do CDC, a execução coletiva da pretensão individual correspondente pode ser ajuizada pelos legitimados do art. 82 do CDC (art. 5º da LACP), com base nas certidões, apresentadas pelas vítimas e sucessores, das liquidações individuais havidas.

Importante destacar que, não necessariamente, a execução coletiva da pretensão individual correspondente deverá ser ajuizada pelo mesmo

legitimado que propôs a ação coletiva. Embora isto ocorra no mais das vezes, nada impede que determinado legitimado (*v.g.*, MP) ajuíze a ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos, sagre-se vencedor, as vítimas e sucessores liquidem individualmente seus danos e, após, outro legitimado coletivo (*v.g.*, associação de consumidores) proponha a execução coletiva.

É uniforme o entendimento doutrinário no sentido de que o art. 98 do CDC contempla típica hipótese de representação processual, vez que o legitimado coletivo (art. 82 do CDC e art. 5º da LACP) não age em nome próprio na defesa de direito alheio, como sói ocorrer nas ações para a tutela dos direitos individuais homogêneos, mas, sim, age em nome alheio e na defesa de direito alheio, apenas, das vítimas e sucessores que apresentaram as certidões de liquidação individual de sentença (e não de todas as vítimas). Não é incorreto se afirmar, por isto, que estamos diante de uma *ação* (de execução) *pseudocoletiva*.

b) Destinatário das indenizações

Tratando-se de direitos individuais executados, os beneficiários são as vítimas e sucessores. Não há, em princípio, valores vertidos ao fundo de reparação de bens e direitos lesados (art. 13 da Lei n. 7.347/85), vez que, nos direitos e interesses individuais homogêneos, os seus titulares são identificáveis (ao menos nesta fase).

Uma vez obtida a indenização coletivamente executada (somatório dos valores constantes das certidões das liquidações individuais), o valor será entregue às vítimas e sucessores conforme os créditos indicados nas certidões de liquidação individual.

Caso não haja recursos suficientes para pagamento integral de todas as vítimas, pensamos que deverá haver repartição proporcional dos valores conforme o crédito declarado nas certidões, isto a fim de que se preserve a igualdade de condições entre todos os credores.

Obviamente, e até por imperativo legal (art. 98 do CDC, *in fine*), o ajuizamento da execução coletiva da pretensão correspondente não impede que haja concomitantes ou posteriores liquidações/execuções das pretensões individuais correspondentes, ou mesmo que haja outra execução coletiva das pretensões individuais correspondentes em favor de outras vítimas e sucessores que já liquidaram os danos individualmente experimentados.

c) Competência

Tratando-se de execução coletiva, tem incidência a regra do art. 98, § 2º, II, do CDC, no sentido de que ela tem curso no juízo da condenação (isto é, aquele que proferiu a sentença tutelar dos direitos e interesses individuais homogêneos).

3.2.3 Liquidação e execução da pretensão coletiva residual ("fluid recovery")

Quando é proferida condenação relativa aos direitos e interesses individuais homogêneos, é feita uma estimativa matemática do número de pessoas que, ao menos em tese, seriam beneficiadas pela decisão (vítimas e sucessores). Espera-se que estes beneficiários se habilitem (liquidação imprópria) e apurem individualmente os danos experimentados pelo evento, isto a fim de que a sentença proferida, efetivamente, alcance seu objetivo (tutela do maior número de pessoas possível).

> Repita-se que esta preocupação não existe na sentença tutelar dos direitos difusos e coletivos, que não fazem sequer referência aos danos decorrentes do evento apreciado e experimentados individualmente, embora quanto a eles também seja possível o transporte *in utilibus*.

Passado, entretanto, 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença tutelar dos direitos individuais homogêneos, e percebendo os legitimados para a propositura da ação coletiva (art. 82 do CDC e art. 5º da LACP) que não houve número de habilitados (liquidações impróprias) compatível com a extensão do dano estimado, poder-se-á efetuar a execução da pretensão coletiva residual, vertendo valores que seriam destinados à coletividade determinável, mas ausente, em benefício de toda a coletividade indeterminada.

Trata-se do instituto que, no direito comparado, e também aqui no Brasil, é denominado *fluid recovery* (reparação fluida).

> A *fluid recovery* tem grande incidência nas hipóteses de danos que, individualmente considerados, são de pequena monta, não justificando, portanto, ação individual, ou mesmo liquidação/execução, das vítimas, a

bem do recebimento de qualquer valor. Basta pensar uma ação coletiva, julgada procedente, com determinação para que instituição financeira extinta devolva, a cada um dos correntistas, pequeno valor referente a uma tarifa bancária que não poderia ter sido cobrada quando o banco operava. Sem dúvida alguma, muito poucos ex-correntistas tomarão medidas tendentes a receber os míseros valores a que têm direito, os quais, embora individualmente considerados sejam poucos, quando somados alcançam vultosas quantias. Entra bem aqui a execução da pretensão coletiva residual, a fim de que estes valores não sejam apropriados pela instituição financeira extinta, mas, sim, destinados a toda a coletividade (incerta e indeterminada).

a) Legitimidade

De acordo com o art. 100 do CDC, a liquidação/execução de pretensão coletiva residual pode ser ajuizada pelos legitimados do art. 82 do CDC (art. 5º da LACP), após 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença coletiva, sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano.

Não necessariamente, a execução da pretensão coletiva residual deverá ser ajuizada pelo mesmo legitimado que propôs a ação coletiva. Embora isto ocorra no mais das vezes, nada impede que determinado legitimado (*v.g.*, MP) ajuíze a ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos, e, após, outro legitimado coletivo (*v.g.*, associação de consumidores) proponha a execução da pretensão coletiva residual.

Tendo-se em vista que, decorrido o prazo ânuo, o crédito transmuda e passa a ser da coletividade como um todo, pensamos que, aqui, o autor da liquidação/execução age em legitimação extraordinária.

b) Destinatário das indenizações

Uma vez não habilitado número de beneficiários compatível com a gravidade do dano, opera-se verdadeira transmudação da titularidade do crédito objeto da condenação genérica havida na ação coletiva, que deixa de ser da coletividade determinável, mas ausente, e passa a ser da coletividade indeterminada.

Exatamente por isto, conforme regra do art. 100, parágrafo único, do

CDC, os valores recebidos serão vertidos ao fundo de reparação de bens lesados previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/85.

Para apuração do cálculo do valor devido a título de reparação fluida, serão considerados dois fatores. Primeiro, o número de vítimas e sucessores habilitados em relação aos beneficiários inicialmente estimados: subtraindo-se os beneficiários habilitados dos beneficiários estimados, tem-se o número de beneficiários ausentes. Segundo, a gravidade do dano: estima-se, à luz da gravidade do evento, a média do valor das indenizações que seriam devidas a cada uma das vítimas e sucessores. Da multiplicação do número de beneficiários ausentes pelo valor médio pago a cada uma das vítimas (ou sucessores), tem-se o valor da reparação fluida.

> Existe um problema prático, de aparente não solução, no tocante à *fluid recovery*. Uma vez tendo sido pagos, pelo condenado, valores ao fundo – o que só ocorreria, como vimos, diante da não habilitação de vítimas (ou sucessores) em número compatível com a gravidade do dano, após 1 (um) ano –, o que ocorreria se aparecessem novas vítimas (ou sucessores) a liquidar/executar os danos individualmente experimentados? Cobrariam novamente do condenado? Ou o fundo que recebeu os valores supostos deveria indenizá-las? Não nos parece que o condenado tenha que pagar às vítimas retardatárias, até porque já pagou o valor que seria delas (por estimativa) ao fundo. E nem cogitamos da capacidade de as vítimas retardatárias (ou sucessores) receberem do fundo, vez que os valores ali depositados se tornam renda pública, não sendo passíveis, à míngua de previsão legal, de liberação em favor de vítimas individualmente consideradas. Inventiva solução seria a de considerar que, após decorrido o prazo de 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença coletiva tutelar dos direitos individuais homogêneos, haveria prescrição da pretensão executiva das vítimas e sucessores. Mas tal interpretação, além de prejudicar as vítimas e sucessores (o prazo ânuo é extremamente curto), parece ir de encontro com a Súmula 150 do STF (prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação). *De lege ferenda*, até aceitaríamos esta tese da prescrição, mas desde que houvesse alteração legislativa para ampliar o prazo da *fluid recovery* para, ao menos, 3 (três) ou 5 (cinco) anos após o trânsito em julgado.

c) Competência

Tratando-se de execução coletiva, tem incidência a regra do art. 98, § 2º, II, do CDC, no sentido de que ela tem curso no juízo da condenação (isto é, aquele que proferiu a sentença tutelar dos direitos e interesses individuais homogêneos).

3.3 Concurso de créditos

Não é raro que ocorra de o ofensor aos direitos metaindividuais ser condenado a reparar danos aos direitos e interesses naturalmente coletivos (difusos e coletivos), como também aos particulares lesados pelo mesmo evento (direitos e interesses individuais homogêneos).

> Basta pensar, neste sentido, no exemplo da concessionária de energia elétrica que, em virtude de curto na rede elétrica por má manutenção dos equipamentos, causa dano moral coletivo a toda uma comunidade privada de energia elétrica, bem como diversos danos individuais advindos da "queima" dos aparelhos eletroeletrônicos advinda da variação de tensão no momento do curto.

E também não é raro que, no momento da liquidação/execução, seja constatado que o condenado não tem fundos suficientes para o cumprimento de todas as obrigações (coletivas e individuais).

Para solucionar esta questão, o art. 99 do CDC – aplicável, por conta do microssistema, a qualquer objeto tutelável pelas ações coletivas – é claro no sentido de que "Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento".

O sistema, assim, estabelece a preferência do pagamento das indenizações individuais em detrimento da satisfação pecuniária dos interesses coletivos *stricto sensu* e difusos.

> Apesar da omissão legislativa, no concurso de preferências de créditos decorrentes da defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, o pagamento destes prefere ao daqueles. Parece-nos que a intenção do atual

sistema é a de privilegiar a situação menos abstrata em detrimento da mais abstrata. Como os direitos e interesses coletivos *stricto sensu* são menos abstratos que os difusos – ao menos no que toca à determinabilidade dos titulares do direito (ainda que em grupo) –, os valores para a tutela daqueles devem preferir a estes. No PL 5.139/2009 (art. 45, parágrafo único), propõe-se que não haja gradação legal de preferências no concurso de créditos, devendo o juiz, com base na proporcionalidade e na razoabilidade, decidir a respeito.

Interessante observar que, para privilegiar o crédito individual, o art. 99, parágrafo único, do CDC, cria verdadeiro *compasso de espera* da indenização para a tutela dos direitos difusos e coletivos. Estabelece a disposição que "Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais (...)".

Ou seja, estando a liquidação/execução da pretensão coletiva em andamento, não serão vertidos valores do fundo de reparação de bens e direitos lesados (art. 13 da LACP), enquanto pendentes as apelações nas ações individuais ou coletivas para a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos. Afinal, depois que a verba é encaminhada para o fundo, já vimos que ela se torna verba pública e contingenciada, sendo impossível a reversão em favor direto das vítimas e sucessores.

Por óbvio, o próprio dispositivo ressalva que não será necessária a observação deste *compasso de espera* quando o patrimônio do devedor for "manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas". Neste caso, a indenização devida no processo para a defesa dos direitos e interesses naturalmente coletivos será vertida ao fundo, sem prejuízo de, oportunamente, serem liquidadas e executadas as pretensões individuais.

3.4 As obrigações de pagar decorrentes de sentença concessiva de mandado de segurança coletivo

O art. 14, § 4º, da Lei n. 12.016/2009 – que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo – é claro no sentido de que "O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou

autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial".

A redação deste dispositivo veio na esteira do que já constava da Súmula 271 do STF: "concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".

Ambas as disposições indicam que, em sede de mandado de segurança coletivo, caso haja algum valor a ser pago em favor dos substituídos pelo impetrante (vítimas e sucessores), ele terá como marco inicial a impetração. Eventuais valores devidos referentes ao período anterior à impetração deverão ser objeto de demanda autônoma dos interessados, não podendo ser cobrados nos próprios autos do mandado de segurança.

Quer nos parecer que a disposição – que veio para substituir o antiquado regime dos arts. 1º e 3º da Lei n. 5.021/66 – autoriza que os pagamentos dos valores devidos no curso da impetração coletiva possam ser feitos independentemente da expedição de precatório (art. 100 da CF), por meio do lançamento dos créditos em folha de pagamento dos servidores substituídos pelo impetrante.

4. Programa extrajudicial de prevenção ou reparação de danos

Proposta absolutamente interessante e que – mesmo à míngua de previsão legal – parece-nos ser de possível implementação no Brasil é a adoção do modelo extrajudicial de prevenção ou reparação dos danos.

Por ele, o demandado, a qualquer tempo – inclusive na fase de cumprimento de sentença –, poderia apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a qual seria executada extrajudicialmente.

Este modelo funcionaria, mais ou menos, como ocorre hoje no processo de recuperação judicial (art. 47 e ss. da Lei n. 11.101/2005), com o Judiciário tendo o papel de aprovar o plano e acompanhar, ainda que a distância, a sua execução.

Além da vantagem de solucionar o conflito e atender aos interesses da coletividade, o mais interessante do programa é a garantia de que a pretensão coletiva será satisfeita, tornando desnecessárias, portanto, medidas executivas, em um primeiro momento. Elas só seriam necessárias caso o

plano aprovado fosse descumprido.

O PL 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública) tem um capítulo inteiro só para tratar deste mecanismo alternativo de solução dos conflitos coletivos.

> Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial. § 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias. § 2º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no *caput*. § 3º Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda. § 4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no *caput*, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.
>
> Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.
>
> Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.
>
> Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.
>
> Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

Capítulo 13

Prescrição nas Ações (e Execuções) Coletivas

É cediço que a prescrição é a perda da pretensão pelo decurso do prazo estabelecido em lei, aliada à inércia do seu titular (art. 189 do CC). Do ponto de vista do sujeito passivo (causador de eventual dano), a prescrição cria em seu favor a faculdade de não cumprir a obrigação. A prescrição tutela, geralmente, interesse privado, podendo ser compreendida como mecanismo de segurança jurídica e estabilidade das relações.

É o direito material que define, como regra, quais são os prazos de prescrição, inclusive as hipóteses de imprescritibilidade.

A imprescritibilidade pode vir de modo explícito na legislação. Mas também pode vir de modo implícito, quando a interpretação do sistema como um todo levará à conclusão de que o exercício da pretensão poderá se dar a qualquer tempo.

As ações (individuais ou coletivas) para a reparação dos danos ao patrimônio público são imprescritíveis. A imprescritibilidade destas ações decorreria da regra expressa constante do art. 37, § 5º, da CF, que coloca a salvo da prescrição as ações de ressarcimento do erário.

Embora na doutrina seja encontrada posição em sentido contrário, a jurisprudência do STJ é uniforme no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário: AgRg no Resp 1.038.103/SP, 2ª T., *DJ* 4-52009; Resp 1.067.561/AM, 2ª T., *DJ* 27-2-2009; Resp 801.846/AM, 1ª T., *DJ* 12-2-2009; Resp 902.166/SP, 2ª T., *DJ* 4-5-2009; e

Resp 1.107.833/SP, 2ª T., *DJ* 18-9-2009; Resp 1.038.762/RJ, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 18-82009, *DJe* 31-8-2009; Resp 1.067.561/AM, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 27-2-2009. A imprescritibilidade, contudo, é só para a reparação dos danos ao erário. As sanções administrativas, políticas e cíveis eventualmente aplicáveis ao agente causador do dano são prescritíveis (arts. 12 e 23 da Lei n. 8.429/92).

Também são imprescritíveis as ações coletivas para a tutela do meio ambiente. Entende-se que, diante do fato de se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos (sendo, inclusive, antecedente a todos os demais direitos), a imprescritibilidade da tutela do meio ambiente seria decorrência implícita do sistema (art. 226 da CF).

Conforme decidido pelo STJ: “Sabemos que a regra é a prescrição, e que o seu afastamento deve apoiar-se em previsão legal. É o caso da imprescritibilidade de ações de reparação dos danos causados ao patrimônio público, regra prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 37, § 5º. Entretanto, o direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial a afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal”. (...) “No conflito entre estabelecer um prazo prescricional em favor do causador do dano ambiental, a fim de lhe atribuir segurança jurídica e estabilidade, com natureza eminentemente privada, e tutelar de forma mais benéfica bem jurídico coletivo, indisponível, fundamental, que antecede todos os demais direitos – pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer –, este último prevalece, por óbvio, concluindo pela imprescritibilidade do direito à reparação do dano ambiental” (Resp 1.120.117/AC, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10-11-2009).

A grande questão que se coloca quanto à prescrição no âmbito do processo coletivo é o fato de que, enquanto a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) é omissa, a Lei de Ação Popular (art. 21 da Lei n. 4.717/65) e a Lei de Improbidade Administrativa (art. 23 da Lei n. 8.429/92) têm previsão a respeito.

De fato, o art. 21 da Lei n. 4.717/65 estabelece que "A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos". E o art. 23 da Lei n. 8.429/92 diz que "As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego". Mas na Lei de Ação Civil Pública não há nenhum dispositivo a respeito.

Surge, então, a indagação: qual seria o prazo prescricional da ação civil pública?

Apostando na aplicação do microssistema processual coletivo (item 9 do Capítulo 7, *supra*), o STJ, em mais de uma oportunidade, pronunciou-se pela aplicação integrativa do art. 21 da Lei n. 4.717/65 à ação civil pública, estabelecendo o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

> No Resp 1.070.896/SC (2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão), estabeleceu-se, em ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos de poupadores prejudicados por planos econômicos do Governo Federal nos anos de 1989, 1990 e 1991, que a "Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microssistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65". Estabeleceu-se, ainda, que "embora o direito subjetivo objeto da presente ação civil pública se identifique com aquele contido em inúmeras ações individuais que discutem a cobrança de expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão, são, na verdade, ações independentes, não implicando a extinção da ação civil pública, que busca a concretização de um direito subjetivo coletivizado, a extinção das

demais pretensões individuais com origem comum, as quais não possuem os mesmos prazos de prescrição".

Também no mesmo sentido foi o entendimento abraçado no Resp 406.545/SP (1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 21-11-2002), quando então se discutia a regularidade de uma licitação para a construção de casas populares (defesa da moralidade administrativa – direito difuso): "a Ação Civil Pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a Ação Popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microssistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da *analogia legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio"*.

O próprio STJ, contudo, destacou, em outra oportunidade, que é o direito material em debate que deve definir os prazos prescricionais da ação civil pública quando ela não trate de temas tuteláveis pela ação popular. Foi considerado que, sendo a ação civil pública cabível para uma infinidade de temas não tutelados pela ação popular – que só cuida de direitos difusos relacionados ao patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico-cultural –, não faria sentido a aplicação das regras de prescrição desta para aquela na inexistência de identidade de situações tuteladas.

Constou do lapidar acórdão relatado pela Ministra Fátima Nancy Andrighi, em caso em que se pretendia, em sede da ação para a tutela dos direitos coletivos (nulidade de cláusula contratual que estabelecia elevado índice de reajuste de plano de saúde): "Este Tribunal já teve a oportunidade de enfrentar a lacuna da Lei da Ação Civil Pública no tocante ao prazo prescricional (Resp 406.545/SP, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 06.12.02). Na ocasião, por se tratar de ação civil pública por meio da qual o Ministério Público buscou a reparação de danos materiais ao erário

> público, a solução encontrada pela 1ª Turma foi a aplicação, por analogia, da prescrição quinquenal da ação popular. (...) Contudo, considerando-se que entre as hipóteses de cabimento da ação popular não se encontra a anulação de ato lesivo ao consumidor, objeto da presente ação civil pública, não há como se pretender a aplicação do brocardo *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio* (onde existe o mesmo fundamento haverá o mesmo Direito) a justificar a incidência de analogia. (...) Dessa forma, frente à lacuna existente, tanto na Lei 7.347/85, quanto no CDC, no que concerne ao prazo prescricional aplicável em hipóteses em que se discute a abusividade de cláusula contratual, e, considerando-se a subsidiariedade do CC às relações de consumo, deve-se aplicar, na espécie, o prazo prescricional de 10 (dez) anos disposto no art. 205 do CC (STJ, Resp 995.995/DF, 3ª T., Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, *DJE* 16-11-2010).

Acreditamos, pessoalmente, que o direito material sempre deveria definir o prazo de prescrição de qualquer ação coletiva (motivo pelo qual o art. 21 da Lei de Ação Popular não tem sentido algum). Contudo, diante do reconhecimento da existência do microssistema processual coletivo e dos precedentes supracitados, fica difícil deixar de reconhecer, à luz da legislação em vigor, o acerto da tese do STJ: prescrição quinquenal para a ação civil pública, salvo se o bem tutelado não o for igualmente pela ação popular (caso em que será seguido o prazo prescricional do direito material).

Alguma dúvida pode surgir ao intérprete quanto ao termo inicial do prazo quinquenal da prescrição das ações coletivas. Embora a definição seja mesmo casuística e, em regra, a contagem da prescrição se inicie com a prática do ato ilegal ou imoral a ser atacado (de modo a não haver prescrição para ações coletivas preventivas), em se tratando de ação coletiva para atacar contrato administrativo ilegal, a jurisprudência uniforme do STJ é no sentido de que o termo inicial não é a subscrição do contrato, mas, sim, o término de seu prazo ou de suas prorrogações (STJ, Resp 1.114.094/RS, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, *DJe* 18-9-2009).

No tocante à execução da sentença coletiva, a Súmula 150 do STF estabelece que ela prescreve nos mesmos prazos da ação. Consequentemente, a prescrição para o exercício da liquidação/execução coletiva (direitos difusos e coletivos) é de 5 (cinco) anos a contar do trânsito em julgado da

sentença coletiva (ou do prazo definido no direito material, caso não se trate de ação coletiva para defesa da moralidade e do patrimônio histórico-cultural), preservadas as hipóteses de imprescritibilidade (patrimônio público e meio ambiente).

> Aqui vale destacar que é muito improvável a ocorrência da prescrição da execução da pretensão coletiva (direitos difusos e coletivos), em vista do princípio da indisponibilidade da execução coletiva (art. 15 da Lei n. 7.347/85 e art. 16 da Lei n. 4.717/65), que faculta a qualquer colegitimado, e impõe ao MP, a possibilidade de liquidar/executar a sentença coletiva caso o autor não o faça em até 60 dias após o trânsito em julgado.

Tratando-se de liquidação/execução da pretensão individual correspondente (direitos e interesses individuais homogêneos), a prescrição também segue o padrão anterior: 5 (cinco) anos a contar do trânsito em julgado da sentença coletiva (ou do prazo definido no direito material, caso não se trate de ação coletiva para defesa da moralidade e do patrimônio histórico-cultural). A diferença reside no fato de que, caso prescrita a liquidação/execução da pretensão individual correspondente, nada impede o eventual exercício da ação individual de conhecimento, cujo prazo prescricional não é regido pelo microssistema processual coletivo, mas, sim, pelo direito material.

> Emblemáticas, neste sentido, as seguintes assertivas constantes de importante precedente do STJ: “1. A sentença não é nascedouro de direito material novo, não opera a chamada ‘novação necessária’, mas é apenas marco interruptivo de uma prescrição cuja pretensão já foi exercitada pelo titular. Essa a razão da máxima contida na Súmula n. 150/STF: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. Não porque nasce uma nova e particular pretensão de execução, mas porque a pretensão da ‘ação’ teve o prazo de prescrição interrompido e reiniciado pelo ‘último ato do processo’. 2. As ações coletivas fazem parte de um

arcabouço normativo vocacionado a promover a facilitação da defesa do consumidor em juízo e o acesso pleno aos órgãos judiciários (art. 6º, incisos VII e VIII, CDC), sempre em mente o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, CDC), por isso que o instrumento próprio de facilitação de defesa e de acesso do consumidor não pode voltar-se contra o destinatário da proteção, prejudicando sua situação jurídica. 3. Assim, o prazo para o consumidor ajuizar ação individual de conhecimento – a partir da qual lhe poderá ser aberta a via da execução – independe do ajuizamento da ação coletiva, e não é por esta prejudicado, regendo-se por regras próprias e vinculadas ao tipo de cada pretensão deduzida. 4. Porém, cuidando-se de execução individual de sentença proferida em ação coletiva, o beneficiário se insere em microssistema diverso e com regras pertinentes, sendo imperiosa a observância do prazo próprio das ações coletivas, que é quinquenal, nos termos do precedente firmado no Resp. n. 1.070.896/SC, aplicando-se a Súmula n. 150/STF. 5. Assim, no caso concreto, o beneficiário da ação coletiva teria o prazo de 5 (cinco) anos para o ajuizamento da execução individual, contados a partir do trânsito em julgado da sentença coletiva, e o prazo de 20 (vinte) anos para o ajuizamento da ação de conhecimento individual, contados dos respectivos pagamentos a menor das correções monetárias em razão dos planos econômicos" (STJ, Resp 1.275.215/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 1º-2-2012).

Por fim, rememore-se que no mandado de segurança coletivo há regra própria que impede a impetração decorridos 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado (art. 23 da Lei n. 12.016/2009). Esta hipótese imprópria de decadência só alcança a via, e não o fundo de direito (o direito coletivo ou individual homogêneo objeto do *writ*), que pode ser tutelado por outra ação coletiva dentro do prazo prescricional ora investigado.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2010.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ação popular. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da (Org.). *Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante.* São Paulo: Método, 2006.

BASTOS, Lucília Isabel Candini. *Mandado de segurança coletivo*: legitimidade ativa e objeto. Curitiba: Juruá, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: direito processual coletivo e direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class action e mandado de segurança coletivo.* São Paulo: Saraiva, 1990.

DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Pedro da Silva. A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança

individual e coletivo. In: BUENO, Cássio Scarpinella et al. (Coord.). *Aspectos polêmicos do mandado de segurança.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Método, 2009.

FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERRARESI, Eurico. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRARESI, Eurico. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa:* questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência nas ações coletivas em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 45, p. 107-128, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental:* um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Procedimentos cautelares e especiais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 4.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular:* aspectos polêmicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, v. 176, p. 174-194, out. 2009.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel et al. *Comentário à nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 32, p. 11-26, dez. 1989.

LEHFELD, Luca de Souza. Considerações sobre a legitimação ativa no mandado de segurança coletivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 171, p. 350, maio 2009.

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

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Roberto. Ação civil pública. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da (Org.). *Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante.* São Paulo: Método, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAZZILI, Hugo Nigro. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZILI, Hugo Nigro. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Marcelo Navarro. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Teoria e Prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade administrativa:* reflexões sobre a Lei n. 8.429/92. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Bruno Freire. A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação popular ambiental.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

VILLELA, Patrícia (Coord.). *Ministério Público e políticas públicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.