

Organizadores
Edson Alvisi Neves
Plínio Lacerda Martins
Paula Cristiane Pinto Ramada
Dones Manoel de Freitas Nunes da Silva

AÇÃO COLETIVA
ASPECTOS PROCESSUAIS

Programa de Pós Graduação em Direito, Instituições e Negócios – PPGDIN
Pró - Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE – UFF
NITERÓI
2018

ISBN 978-85-94029-17-1

Organizadores
Edson Alvisi Neves
Plínio Lacerda Martins
Paula Cristiane Pinto Ramada
Dones Manoel de Freitas Nunes da Silva

AÇÃO COLETIVA
ASPECTOS PROCESSUAIS

Programa de Pós Graduação em Direito, Instituições e Negócios – PPGDIN

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE – UFF

ISBN 978-85-94029-17-1

Sumário

AUTORES	8
APRESENTAÇÃO	10
A LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DE AÇÕES COLETIVAS: <i>OPE LEGIS</i> EXTENSÍVEL?	11
Introdução	11
1. Legitimidade como Condição da Ação	12
2. Os Legitimados	13
3. Direitos Individuais Homogêneos	15
4. Legitimidade do Ministério Público Para Propositura de Ações Coletivas	17
5. Legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de Ações Fundadas em Direito Individual Homogêneo	19
6. Legitimidade das Comissões Legislativas Para Propor Ações Coletivas	22
Conclusão	24
Referências	26
A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O SERVIÇO PÚBLICO: APLICABILIDADE DA LEI 13.460/2017	27
Introdução	27
Desenvolvimento	28
Conclusão	34
Bibliográficas:	35
A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DO SERVIÇO PÚBLICO	37
Introdução	37
1. Breve Considerações Acerca da Ação Civil Pública	37
2. Dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos	39
3. Do Serviço Público	41
3.1 Lei do Usuário do Serviço Público – Lei nº 13.460/17	45
4. Do Ministério Público	46
4.1 Da legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em face do serviço público.....	47
Conclusão	54
Referências	55
AS COMPETÊNCIAS DAS AÇÕES COLETIVAS: ANÁLISE DOS DESDOBRAMENTOS DAS AÇÕES COLETIVAS E DO CASO DO ROMPIMENTO DE BARRAGENS NO MUNICÍPIO DE MARIANA	57

Introdução.....	57
1. Microsistema do Processo Coletivo.....	57
2. Competência absoluta e relativa no novo Código de Processo Civil	59
3. Convívio entre as ações coletivas e individuais: conexão, contingência, litispendência e coisa julgada.....	61
3.1. Conexão e Contingência	61
3.2. Litispendência	62
3.3. Coisa Julgada.....	62
3.4. Concomitância de ações coletivas	64
3.5. Concomitância de ações coletivas e individuais	65
4. Ações coletivas e competência e extensões dos danos de âmbito local, regional e nacional	65
5. O caso do rompimento da barragem de fundão em Mariana/MG – conflito de competência para ações coletivas.....	70
Conclusão	72
Referências:.....	73
AS TÉCNICAS DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA: ADEQUAÇÃO AO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	75
Introdução.....	75
1. Breve histórico da coisa julgada	76
2. Marco teórico	78
3. As técnicas de formação da coisa julgada no Direito Brasileiro	78
4. O Direito Comparado quanto à coisa julgada.....	81
5. O comportamento da coisa julgada no Mandado de Segurança Coletivo.....	83
Conclusão	84
Referências.....	85
A COMPETÊNCIA DAS AÇÕES COLETIVAS	86
Introdução.....	86
1. Da Ação Civil Pública	87
2.1 Competência no dano ou ilícito nacional	87
2.2 Competência no dano ou ilícito regional.....	88
2.3 Competência no dano ou ilícito estadual	89
3. A Competência Das Ações Coletivas E O Código De Defesa Do Consumidor.....	89
4 A Competência Das Ações Civas Públicas e as Ações Coletivas do Ponto de Vista Prático.....	93
5 Competência Na Ação De Improbidade Administrativa	95
5.1 Aplicação da regra geral do CPC x Aplicação da Lei de Ação Civil Pública.....	95

5.2 Foro competente para o julgamento dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa.....	98
Conclusão	102
Referências.....	103
EXECUÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TAC.....	106
Introdução	106
1- Fundamentação Teórica.....	106
1.1. Surgimento e Previsão Legal.....	106
2- Legitimidade Para Celebração De Tac X Legitimidade Para Execução De TAC.....	108
2.1. Legitimidade Para Celebração Do Termo De Ajustamento De Conduta	108
2.2. Legitimidade Para Execução Do Termo De Ajustamento De Conduta	109
3- Competência Para Execução Do Termo De Ajustamento De Conduta	110
4. Função Do Termo De Ajustamento De Conduta.....	113
4.1. O Termo De Ajustamento De Conduta Como Título Executivo	113
4.2. Procedimento Para Execução Do Termo De Ajustamento De Conduta	114
5. Modalidades De Defesa Do Compromitente Executado.....	114
5.1. Impugnação Embargos À Execução (Art. 914/920).....	114
5.2. Exceção/Objecção De Pré-Executividade	116
5.3. Defesas Heterotópicas.....	117
6. Jurisprudência.....	117
Conclusão	120
Bibliografia	121
LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES NA EXECUÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS ...	122
Introdução	122
1. Mudança De Paradigma Em Relação À Legitimidade Das Associações	123
Conclusão	126
Referências.....	127
BREVES REFLEXÕES SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR	128
Introdução	128
1. O problema da massificação das demandas individuais frente a incapacidade do Poder Judiciário para solucioná-las	130
2. O IRDR como instrumento para solução de demandas de massa	132
3. Resolução de Demandas Repetitivas no direito estrangeiro e inspiração para o IRDR brasileiro	135
4. Dinâmica Procedimental do IRDR.....	138

5. Importância do regimento interno dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais para efetivação do IRDR.....	141
Conclusões.....	143
Bibliografia	144
AS AÇÕES COLETIVAS E O INDIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	147
Introdução.....	148
1. IRDR.....	149
2. Ações Coletivas.....	150
3. O IRDR E A Suspensão Dos Processos Em Curso.....	151
4. Da Vinculação Da Tese Do Julgado No IRDR.....	155
5. As Possíveis Inconstitucionalidades Do Instituto.....	159
5.1. Da violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos Poderes.....	160
5.2. Da violação ao contraditório.....	161
5.3. Da violação ao direito de ação.....	161
5.4. Da violação ao sistema de competências da Constituição – Juizados Especiais.....	163
Conclusão	164
Referências.....	164
O RIGHT TO OPT OUT E O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	165
Tássia Roza Altoé.....	165
Introdução.....	165
1. Aplicação Do <i>Right To Opt Out</i> No Direito Comparado	166
2. Condições Da Ação – Panorama Geral E Aplicabilidade Relacionada Ao Mandado De Segurança Coletivo	168
2.1. Legitimidade e Interesse de agir no âmbito do Mandado de Segurança Coletivo	168
2.2. Exclusão do elemento “interesse de agir” como condição da ação.....	169
2.3. Legitimidade.	170
2.4. Interesse de agir.....	171
2.5. Legitimidade no âmbito do mandado de segurança coletivo.....	172
3. O <i>Right To Opt Out</i> No Âmbito Do Microssistema Coletivo Brasileiro	173
3.1. O <i>right to opt out</i> e a regra contida no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.	173
3.2. Interpretação jurisprudencial do direito à autoexclusão.	174
3.3. <i>Right to opt out</i> no Mandado de Segurança Coletivo.	175
3.4. <i>Right to opt out</i> e a coisa julgada pro et contra.....	176

4. Questões Controvertidas Relacionadas Ao Determinado Pelo Artigo 22, §1º, Da Lei 12.016/09	177
4.1. Alegação de inconstitucionalidade do artigo 22, §1º da Lei do Mandado de Segurança	177
4.2. A regra contida no artigo 22, §1º e a ideia de economicidade processual.....	179
4.3. Artigo 22, §1º, Lei 12.016/09 e a garantia de acesso à justiça.....	181
5. A Necessidade Do <i>Right To Opt Out</i> No Âmbito Do Mandado De Segurança Coletivo	182
Conclusão	183
Referências.....	184

AUTORES

Ana Karoline Rodrigues Leitão

Breno Monteiro Bruno

Laura Filgueiras Tavares

Lucas Augusto Abreu Alves

A LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DE AÇÕES COLETIVAS: OPE LEGIS EXTENSÍVEL?

Fabiano Lima Paschoal de Souza

Jaqueline dos Santos Oliveira

Lucimar Porto Ribeiro

Marcio Azevedo Fernandes

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O SERVIÇO PÚBLICO: APLICABILIDADE DA LEI 13.460/2017

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DO SERVIÇO PÚBLICO

Alessandra Richardelli Macedo Cunha

Ana Carolina Da Silva Vilarinho

Gustavo De Mattos Castelo De Souza

Nathália Serrano Da Costa Moreira

Viviane De Oliveira Pessanha Kloper

AS COMPETÊNCIAS DAS AÇÕES COLETIVAS: ANÁLISE DOS DESDOBRAMENTOS DAS AÇÕES COLETIVAS E DO CASO DO ROMPIMENTO DE BARRAGENS NO MUNICÍPIO DE MARIANA

Camila Braga

Felipe Gomes Manhães

Luiza de Carvalho Mello

Matheus Mascarenhas Guzella

Thamara Hallack

AS TÉCNICAS DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA: ADEQUAÇÃO AO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Ana Carolina Boechat da Silva

Clarisse Paiva de Oliveira

Patrícia dos Santos Castro

Vitor Moura Vilarinho

A COMPETÊNCIA DAS AÇÕES COLETIVAS

Anaelson Almeida Bonfim

Grazyelle Júnior de Souza

Juliana Ballero dos Anjos Rodrigues

Murillo Sergio S. T. Carneiro

Petterson Felipe Santos Macedo de Carvalho

Uriel César Gonçalves da Silva e Oliveira

EXECUÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TAC

Katia Maria Coelho de Lacerda

LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES NA EXECUÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS

Marcelle Gonet,

Maria Cláudia Da Silva

Matheus Albuquerque

Nicole R. Fortes De Almeida

BREVES REFLEXÕES SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR

Tatiana Balderrama

Larissa Peralta

Elza Caroline

Juliana Leão

Agnes Do Nascimento

AS AÇÕES COLETIVAS E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Brunno Philippe Werneck Soares

Tássia Roza Altoé

O RIGHT TO OPT OUT E O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

QUESTÕES CONTROVERTIDAS RELACIONADAS AO DETERMINADO PELO ARTIGO 22, §1º, DA LEI 12.016/09

APRESENTAÇÃO

EDITORIAL

Ação coletiva é o instrumento processual pelo qual se busca a satisfação de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Mauro Cappelletti já sustentava a necessidade busca de acesso a Justiça através de ondas renovatórias, sustentando a necessidade de representação dos interesses coletivos através de mecanismos próprios. O movimento processual dá margem a multiportas no sentido de busca a satisfação de direitos através de diversos mecanismos processuais e extraprocessuais.

A presente obra jurídica é fruto do trabalho de pesquisa desenvolvida pelos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil com ênfase em Relações Jurídico – Privadas da Universidade Federal Fluminense.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, inúmeras reflexões surgiram a respeito da relevância das ações coletivas e aplicação do CPC de forma subsidiária.

Como é notório, não existe um Código de Processo Civil Coletivo que regule as ações coletivas. As ações civis públicas e as ações coletivas são reguladas por um micro sistema normativo, coordenado pelas leis 7.347/85 (lei da ação civil pública) e a lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), somados a pertinência temática de cada ação, como no caso da ação de improbidade administrativa (lei 8.429/92), etc..

Assim, com a introdução do CPC/15 e novos mecanismos processuais de resolução de demandas individuais, como os incidentes de resoluções de demandas individuais, IRDR etc ...é necessário refletir se as demandas coletivas estão devidamente reguladas pelo Código de Processo Civil ou somente pelas leis especiais.

O Objetivo deste ensaio reflete a preocupação com as demandas coletivas, envolvendo o direito instrumental através de ações civis publicas em cotejo com o Código de Processo Civil e as ações individuais envolvendo as demandas repetitivas.

Organizadores

A LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DE AÇÕES COLETIVAS: *OPE LEGIS* EXTENSÍVEL?

Ana Karoline Rodrigues Leitão
Breno Monteiro Bruno
Laura Filgueiras Tavares
Lucas Augusto Abreu Alves

Introdução

Antes de adentrar ao tema da legitimidade para propositura das ações coletivas, é necessário entender o contexto histórico das ações coletivas, para que seja esmiuçado o seu papel e bem compreendida a importância da atuação dos órgãos legitimados na sociedade.

As ações coletivas são uma tentativa de adequar o direito processual à grande quantidade de demandas e de pessoas existentes no mundo. A necessidade de processos que se mostrassem supraindividuais se tornou maior, principalmente diante da rápida evolução social, dos meios de comunicação e dos meios de produção, que geram também maior número de lesões à consumidores.¹

Assim, as ações coletivas podem ser entendidas como uma forma de acesso à justiça e uma medida de economia judicial e processual numa sociedade cada vez mais diversificada e destituída da correta atuação do judiciário, que tem se mostrado assoberbado e, por isso, deixa de exercer seu papel de resolução dos conflitos de forma ideal.

De acordo com o artigo 129, inciso III da Constituição Federal, compete ao Ministério Público proteger os interesses difusos e coletivos, de modo que torna-se legitimado extraordinário para propositura da Ação Civil Pública. Todavia, como será exposto, a legitimidade não é privativa do parquet.

A partir da regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor, com a previsão dos direitos individuais homogêneos, inicia-se a discussão acerca da legitimidade do

¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional: Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P 35-36

Ministério Público para propor ações que busquem a tutela desse tipo de interesse e também a possibilidade de extensão do rol de legitimados para outros entes, como por exemplo as Comissões das Assembleias Legislativas.

O que se pretende neste trabalho é discutir o conceito de interesses individuais homogêneos e a sua adequação à definição de interesse coletivo, bem como analisar a legitimidade processual para a propositura de demandas coletivas e, finalmente, entender se há a possibilidade de extensão da legitimidade para o Ministério Público e dos órgãos públicos para ajuizamento de qualquer ação fundada em direitos individuais homogêneos.

1. Legitimidade como Condição da Ação

A legitimidade está inserida nas chamadas condições da ação, junto com o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Hoje, por conta das teorias mais modernas, sabemos que o direito de ação é diferente da demanda e que os requisitos para o correto desenrolar do processo não são os mesmos para que exista o direito de ação.

Por isso, podemos afirmar que o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade são requisitos de admissibilidade da demanda e não da ação. Pelo artigo 17 do CPC, para que a parte possa postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade e incumbe ao réu alegar a ausência desses pressupostos.

Inclusive, o artigo 337 do CPC dispõe que legitimidade e interesse não se confundem com o mérito, pois antes de se adentrar no mérito, deve ser alegada/conhecida a ilegitimidade ou ausência de interesse (antigas carências da ação), que levam ao fim da demanda sem resolução do mérito.

O artigo 18 do Novo Código de Processo Civil consagrou a regra de que apenas o titular do direito material poderá pleitear em juízo seu direito, ou seja, pleitear em seu próprio nome o seu interesse, conceituando a legitimidade ordinária para as ações individuais.

Em regra, os legitimados ao processo, tanto sujeito ativo quanto passivo, são os titulares dos interesses em conflito. Entretanto, em algumas situações específicas, a parte pode pleitear em nome próprio um direito alheio, o que é chamado de substituição processual ou legitimidade extraordinária, cujas situações estão previstas em lei.²

Uma das grandes críticas feitas ao novo Código de Processo Civil é o fato de a legitimidade extraordinária ser autorizada apenas pelo ordenamento jurídico, ou seja, estar

² Theodoro Junior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 80.

positivada em lei, motivo pelo qual Daniel Amorim Assumpção Neves entende que além da previsão legal, a legitimidade extraordinária deve decorrer também da lógica do sistema e do caso concreto.³

Com a evolução da sociedade, os paradigmas impostos ao Estado como protetor dos interesses da coletividade refletiram diretamente no direito processual civil, que também teve de se atualizar, de modo que a legitimidade *ad causam* para ações supraindividuais se tornou um dos maiores exemplos de mudança de visão da ciência processual.⁴

O interesse de agir continua sendo o binômio “necessidade-utilidade”, porém calcado nas reclamações e inconformismos da própria sociedade. Dessa forma, o interesse de agir deve verificado em cada espécie de direito lesado, seja ele individual homogêneo, difuso ou coletivo.⁵

No que tange as ações coletivas, a legitimidade para propositura das ações foi tratada em diversas normas, como na Lei de Ação Civil Pública, Lei do Mandado de Segurança, Código de Defesa do Consumidor e também foi construída pela jurisprudência, como a inserção da legitimidade concorrente da Defensoria Pública para propor ação civil pública, pela lei 11448/07, em respeito a previsão constitucional de defesa dos necessitados (artigo, 5º, LXXIV, CRFB/88).

2. Os Legitimados

A legitimação coletiva segue um regime extraordinário, podendo ser classificada como: a) concorrente: admite vários legitimados e b) plúrima: uma legitimação não afasta a outra. Na legitimação plúrima, cada legitimado pode ajuizar a uma ACP com o mesmo objeto. No caso do Ministério Público ingressam com uma Ação Civil Pública pleiteando (X) e logo depois a DP entra com outra ACP também pleiteando (X), ambas as ACP irão caminhar juntas (conexas), não sendo nenhuma extinta. ;

Além disso, o microsistema de tutela coletiva brasileiro, quanto a legitimidade pode ser classificado como legal e taxativo, ou seja, só tem legitimidade de quem está

³ ALVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª Edição. São Paulo: Juspodium, 2017 P 202-203.

⁴ REIS, José Emílio de Assis. *Ações coletivas: interesse de agir e legitimação*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13010. Acesso em 19 de setembro de 2017.

⁵ BERTOLDI, Thiago Moraes. *Objeto das Ações Coletivas: Causa de pedir, pedido e interesse de agir*. Disponível em <http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/23-volume-2-numero-1-trimestre-01-01-2011-a-31-03-2011/113-objeto-das-acoes-coletivas-causa-de-pedir-pedido-e-interesse-de-agir>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

previsto no ordenamento jurídico. Esse ponto é dissonante quanto ao sistema norte americano das *class actions*:

"Pelo sistema do *open justice*, adotada pela *class actions* americana, a legitimidade será aferida em cada caso pelo juiz competente para o julgamento da ação coletiva. Não há um rol previamente estabelecido pela lei. O magistrado é que deverá aferir se a representatividade de "possível legitimado" é adequada ou não para defender os interesses coletivos. Para tanto, deverá o juiz analisar o objeto da ação proposta e se o "possível legitimado" possui algum vínculo com o direito coletivo que está defendendo.

Já para o sistema do *open justice*, os legitimados para as ações coletivas são determinados previamente pela lei. A condição de representante adequado é estabelecida pelo legislador. Foi esse o sistema adotado pelo Brasil. Assim, só aqueles sujeitos mencionados no art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP são legitimados a proporem ações coletivas. O que acontece aqui, na verdade, é uma verdadeira presunção de que os legitimados estabelecidos pela lei (repto: art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP) são representantes adequados a defenderem os interesses coletivos (ou seja, possuem representatividade adequada)"⁶

O Ministério Público é o órgão que mais ajuíza ações coletivas no Brasil. Pode presidir o inquérito civil, celebrar um TAC e ajuizar uma ação coletiva e a ação cautelar a ela vinculada. A única ação coletiva que ele não pode ajuizar é a popular. Aqui a legitimidade do MP é como *dominus litis* (autor). Em todas as ações coletivas, entretanto, quando não for autor, o MP atuará como *custos legis*.

Todos os entes federativos e seus assemelhados, ou seja, autarquias, empresas públicas, fundações, etc., podem entrar com as ações coletivas, exceto a ação popular, e as ações cautelares a elas vinculadas. Mas apenas os entes genuinamente públicos – União, Estados, Municípios e Distrito Federal - podem também celebrar TAC e realizar procedimentos administrativos para colheita de provas. A OAB, por exemplo, se inclui neste rol, por ser uma autarquia *sui generis*.

Para que as associações civis tenham legitimidade, precisam ostentar três requisitos: serem constituídas formalmente há mais de um ano, ter autorização estatutária para propositura de ações coletivas e pertinência temática da ação em relação à ação proposta por ela. A pré-constituição existe para evitar fraudes e casuísmos, mas pode ser dispensado pelo juiz quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

⁶ GARCIA, Leonardo Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 13 ed. Salvador. Juspodium, 2017. p 495-496.

Os cidadãos têm apenas a legitimidade para propor a ação popular. Não obstante, podem se habilitar como assistente dos legitimados coletivos para acompanhar as ações coletivas que lhe afetem. Podem também liquidar e executar, como qualquer outro interessado, decisões coletivas e individuais homogêneas que envolvam seus interesses.

A Defensoria Pública não tinha assento entre os legitimados na redação original da Lei de Ações Cíveis Públicas. No entanto, desde 1990, o Código de Defesa do Consumidor já permitia que órgãos da Defensoria Pública pudessem ajuizar ACP⁷. Apenas em 2007, a Lei n.º 11.448 alterou o art. 5º da Lei de Ações Cíveis Públicas, para incluir a Defensoria entre os legitimados, sem vinculação temática.

Além disso, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3943 e considerou constitucional a atribuição da Defensoria Pública em propor Ação Cível Pública.

3. Direitos Individuais Homogêneos

Os direitos individuais homogêneos são um terceiro gênero dos interesses coletivos *Lato sensu*. O primeiro dispositivo jurídico que tratou deles foi o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81 parágrafo único inciso III, que prevê:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

A inspiração desse modelo são as *classactions* do sistema norte-americano, mais especificamente as *classaction for damages*, contidas na *Rule 23 b 3*⁸. Logicamente só assemelham-se, pois o modelo americano é bastante diferente do brasileiro. Nesta sistemática, caso as questões de fato e direito comuns predominam sobre as questões individuais para a resolução da causa, e o procedimento coletivo seja eficiente a tutela desejada, tal regra prevalece.

⁷ TJRJ, AI 3274/96, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Odilon Bandeira, j. 25.02.1997.

⁸Rule 23 (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:
(A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;
(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;
(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and
(D) the likely difficulties in managing a class action

Alerta-se que não se trata de um novo direito material, mas simplesmente de uma nova expressão para classificar certos direitos subjetivos individuais, mas aqueles que tenham mesmo fundamento de fato. O termo “*origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal.*”⁹

A divisibilidade é a marca desse direito, pois é possível haver a divisão do mesmo sem que haja a obrigatoriedade de tratamento unitário. Isso acontece porque os direitos são acidentalmente coletivos, sendo em seu âmago individuais. A coletivização desses direitos individuais ocorre exatamente quanto a homogeneização de sua origem, que os tornam semelhantes para todos os indivíduos abarcados pela mesma situação fática.

Os elementos que são necessários para que haja a homogeneidade ligam-se com a origem dos direitos individuais subjetivos. Eles advêm de um conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou similar. Com isso, há a produção de vários direitos subjetivos com três identidades quais sejam a obrigação, à natureza da prestação devida e os sujeitos passivos.

Neste sentido, Teori Zavaski:

“Pois bem: as relações jurídicas subjacentes aos direitos individuais homogêneos têm, em comum, três desses elementos: o *na debeat* (= o ser devido), o *quis debeat* (= quem deve), e o *quid debeat* (= o que é devido). São eles que constituem o núcleo de homogeneidade dos correspondentes direitos subjetivos individuais.”¹⁰

Assim, juntam-se os cidadãos que estão passando por uma mesma situação e os tratam como uma coletividade. Um bom exemplo são os *recalls* de automóveis. Caso marcante e que ilustra a aplicação de tal direito foi com o veículo da marca Fox e Crossfox, da Volkswagen, que com o acionamento de um dispositivo de ampliação do porta malas, os proprietários dos veículos tinham o dedo decepado.

A economia processual foi a principal meta do legislador ao regulamentar as ações coletivas. Modernamente, há inúmeros fatos que abrangem um número excessivo de pessoas, que podem ser tratadas de modo coletivo, artificialmente, gerando benefício principalmente quanto a duração razoável do processo e a isonomia.

Afirma Teori Zavaski:

“Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais. Essa realidade deve ser levada em consideração

⁹GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. P 825.

¹⁰ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. Fls. 295. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005 P. 143

quando se busca definir e compreender os modelos processuais destinados à sua adequada e mais efetiva defesa.”¹¹

O que diferencia o interesse individual homogêneo dos interesses difusos é que os difusos não são possíveis definir as pessoas que são atingidas, o que é possível nos individuais homogêneos. Já em relação aos interesses coletivos *strictu sensu* há uma relação jurídica base, que está ausente na conceituação dos interesses individuais homogêneos.

4. Legitimidade do Ministério Público Para Propositura de Ações Coletivas

A legitimidade do Ministério Público para propor ações coletivas é considerada extraordinária. De acordo com José Miguel Garcia Medina: “[...] nas ações coletivas não há coincidência entre o titular do direito material e o legitimado para agir em juízo, razão pela qual se poderia afirmar que, no caso, se estaria diante de legitimidade extraordinária (especialmente em se tratando de ação relativa a direitos individuais homogêneos)”.

Assim, o legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse alheio. Não obstante, tal legitimidade é caracterizada como concorrente e disjuntiva, já que é possível a atuação dos legitimados ordinários e extraordinário, de forma alternativa.

Conforme expõe Fredie Didier, “A legitimação extraordinária deve ser encarada como algo excepcional e deve decorrer de autorização do ordenamento jurídico, conforme prevê o art. 18 do NCPC”. Dessa forma, esclarece tal dispositivo, em seu caput: “Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Ainda consoante Didier: “O NCPC adotou a lição de Arruda Alvim, Barbosa Moreira e Hermes Zaneti Jr. segundo os quais seria possível a atribuição de legitimação extraordinária sem previsão expressa na lei, desde que seja possível identificá-la no ordenamento jurídico, visto como sistema. A inspiração legislativa é clara. ”

Vale ressaltar a relevância de tal observação, posto que a controvérsia sobre a legitimação do MP na tutela de direitos individuais homogêneos está fundada basicamente na premissa de que haveria inconstitucionalidade do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 117.

¹¹ Idem p. 42

Isto se dá pelo fato de que tal dispositivo amplia a competência do MP para interpor Ação Civil Pública, no que tange à tutela de direito individual homogêneo, e, por isso, entraria em dissonância com a Magna Carta, já que esta não confere expressamente tal legitimidade em seu art. 127, caput e 129, inciso III, abaixo in verbis:

"Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;"

Neste ínterim, o Código de defesa do Consumidor dispõe expressamente sobre o tema, distinguindo com maior clareza os direitos metaindividuais, em seu art. 81, bem como elucida a legitimidade do MP na tutela destes no art. 82, inciso I, conforme transcritos, abaixo:

"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,"

José Carlos Barbosa Moreira incluiu a ação civil pública no rol das ações coletivas por entender que são *“figuras processuais específicas de ações coletivas: o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública”*.

Por outro lado, Teori Zavascki afirma que a denominação de ação civil pública não está relacionada com a pretensão do direito material nela deduzida. Também não se refere ao pedido imediato do processo (condenação, constituição, declaração, ordem ou mandado). A denominação relaciona-se com a legitimação ativa, de forma que é titular ativo da ação civil pública o Ministério Público e os demais legitimados eleitos pelo legislador para tutelar direitos de uma coletividade.

Além do mais, a ação civil pública se presta para tutelar direitos transindividuais e não direitos individuais, ainda que homogêneos. Para estes últimos se utiliza a ação

coletiva, como determinou o art. 91 do CDC. Logo, a posição de Zavascki é que a ação civil pública serve para tutelar direitos transindividuais, previstos na Lei 7.347/85, enquanto a ação coletiva tutela direitos individuais homogêneos.

No entanto, como se verá a seguir, em que pese a divergência acerca da nomenclatura, a 4ª Turma do O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Especial 1.209.633/ RS, considerou que o Ministério Público poderia ajuizar Ação Civil Pública fundada em direitos individuais homogêneos quando estes fossem considerados de interesse social, uma vez que é possível reconhecer o interesse de uma coletividade de pessoas determinadas.

5. Legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de Ações Fundadas em Direito Individual Homogêneo

Conforme já visto, por não haver uma previsão expressa sobre a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos em ações coletivas, criou-se controvérsia em torno da interpretação do 82 do Código de Defesa do Consumidor.

O STF, então, passou a exigir que haja a presença de um relevante interesse social para legitimar o Ministério Público na defesa de direito individual homogêneo. *Os leading cases* dessa discussão foram os RE163231, 185360 e 190976, que desaguou na edição do verbete de súmula 643 do STF¹². A discussão se fez diante a possibilidade de defesa do Parquet frente ao aumento das mensalidades escolares. Prevaleceu ser possível, por conta se tratar da defesa de coletividade (todos os alunos matriculados em escolas privadas) sobre o interesse de algumas pessoas (donos destes estabelecimentos).

Todavia o que vem gerando debates é o é a caracterização desse interesse social a fim de legitimar o Ministério Público para propositura dessas ações.

Em que pese haver subjetividade na definição do interesse social caso a caso, pode-se afirmar que o interesse social está ligado à noção de bem comum. Mazilli afirma que:

“se em concreto a defesa coletiva de interesses transindividuais assumir relevância social, o Ministério Público estará legitimado a propor a ação civil pública correspondente. Convindo a coletividade como todo a defesa de um

¹²“O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”;

interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, não se há de recusar ao Ministério Público assumir sua tutela".¹³

Conforme estabelece Humberto Dalla Bernardina de Pinho, citado por Luiz Manoel Gomes Jr., é cabível apresentar situações em que é conferida legitimidade ao Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos¹⁴:

- I - aumento das mensalidades escolares (Súmula 643 do Supremo Tribunal Federal: "O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares");
- II - questões vinculadas ao programa de crédito educativo;
- III - nulidade de cláusula de instrumento de compra e venda, inclusive proibindo sua utilização em contratos futuros;
- IV - proteção de direito ao recebimento do salário mínimo por servidores municipais;
- V - aumento das mensalidades dos planos de saúde;
- VI - ausência de discriminação das ligações interurbanas em apenas um único município;
- VII - objetivando a regularização de loteamentos urbanos destinados a moradias populares.

Por outro lado, é negado ao MP a legitimidade para ajuizar ação coletiva com o objetivo de beneficiar apenas uma pessoa, caso em que a tutela individual é a mais apropriada. Assim entendeu o STF na seguinte decisão, no que diz respeito aos vales-transportes:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. VALE-TRANSPORTE. Por falta do pressuposto da divergência, não foram conhecidos os embargos referentes à legitimidade ou não do Ministério Público para a propositura da ação civil pública sobre reajuste tarifário de vales-transporte de trabalhadores. No caso *sub examine* não se vislumbrou a existência de interesse coletivo a justificar a atuação do Ministério Público, correlacionando as hipóteses dos acórdãos paradigmas que reconheceram a legitimidade do *Parquet* para atuar nas ações relativas ao reajuste de mensalidade escolar. EREsp 91.604-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 2/6/1999."

Na época da elaboração da Constituição Federal, o termo "interesses sociais" era utilizado de maneira genérica para se referir a qualquer interesse social. Assim, o termo "direito individual homogêneo" começou a ser utilizado com a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

É importante frisar que o artigo 129, IX, da CF autoriza a lei a conceder outras atribuições ao Ministério Público, desde que compatíveis com suas finalidades

¹³ MAZZILLI, Hugo Nigri. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 42.

¹⁴ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2 ed. São Paulo: SRS, 2008. p. 37-48.

institucionais. Por isso, o CDC, em seu artigo 82, confere legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ações coletivas na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores.

Desta maneira, este dispositivo converge com o disposto no artigo 129, IX, da CF, ampliando as possibilidades de atuação do Ministério Público, ampliando, também, a proteção dos chamados direitos coletivos.

Apesar desta ampliação do campo de atuação do MP, a sua legitimidade fica condicionada à existência de considerável expressão coletiva dos direitos individuais homogêneos a serem pleiteados.

Todavia, Ada Pellegrini Grinover discorda desse posicionamento:

“O art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, ao ampliar a competência do Ministério Público no que toca à interposição de ação civil pública, legitimando-o a atuar postulando a proteção de direito individual homogêneo, peca por inconstitucionalidade, pois a Lei Maior só permite ao Ministério Público agir em defesa de interesses individuais indisponíveis (art. 127) e dos direitos difusos e coletivos (art. 219, inciso III)”.¹⁵

Já Hugo Nigro Mazzilli, tem três linhas de pensamentos:

I - numa primeira linha, mais restritiva, afirmam seus defensores que a Magna Carta não deu legitimidade ao Parquet para defender os interesses individuais homogêneos;
II - na segunda linha, ampliativa, permite ao Ministério Público ajuizar ação coletiva para zelo de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não só em matéria atinente às relações de consumo, mas também em qualquer outra área que envolva interesses transindividuais;
III - na terceira linha, os interesses individuais homogêneos só serão tutelados pelo Parquet quando for de conveniência da sociedade como todo. Hugo Mazzilli adota esse último entendimento.¹⁶

Todavia, uma das críticas a serem feitas a definição de “interesse social”, é que este é um conceito jurídico amplo, o que pode trazer insegurança no julgamento das ações coletivas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público não necessariamente se contrapõe ao direito individual de cada um. Para o autor, aliás, esse é um dos maiores contrassensos ao definir o caráter social dos interesses, pois o interesse social é a

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pág. 799

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, págs. 96-98.

conjugação dos interesses individuais, ou seja, “*dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade*”.¹⁷

No julgamento do RESP 417.804/ PR¹⁸, o STJ considerou que interesse público e interesse social eram sinônimos, a fim de justificar a legitimidade do Ministério Público para propor ações coletivas fundadas em interesse individual homogêneo:

"Pois bem, é neste contexto que se insere a legitimação do Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. A ele, a quem a lei já conferira o poder-dever para, na condição de interveniente (*custos legis*) officiar em todas as causas “em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (CPC, art. 82, III), a Constituição veio atribuir, entre outras, a incumbência mais específica de defender “interesses sociais” (CF, art. 127), sem traçar qualquer condição ou limite processual a essa atribuição. “Interesses sociais”, como consta da Constituição, e “interesse público”, como está no art. 82, III, do CPC, são expressões com significado substancialmente equivalente."

Desse modo, o acórdão sustenta que o interesse social do artigo 127 da CRFB/88 dá base à legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos.

6. Legitimidade das Comissões Legislativas Para Propor Ações Coletivas

No Estado do Rio de Janeiro havia uma polêmica sobre a possibilidade da Comissão da Assembleia Legislativa do Estado ajuizar ação coletiva em defesa dos consumidores. A tese que defendia essa posição que deveria ser feita interpretação extensiva do artigo 82 inciso III do CDC, já que esse artigo confere às entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, legitimidade para exercer em juízo a defesa dos interesses e direitos dos consumidores.

É inquestionável, que tal tese se inspira nas exigências da Rule 23, que demandam que sejam atendidos alguns pressupostos de legitimidade, como forma de propiciar uma justa demanda, como demonstrado anteriormente. Este posicionamento, vai de encontro ao de que a legitimidade das ações coletivas no Brasil é *ope legis* e taxativa.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 22.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 57.

¹⁸ STJ, Acórdão: 19.04.2005, proc: RESP num: 417.804 ano: 2002. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso Especial. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná - DER/PR e outros. Recorrido: Ministério Público Federal e outros. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Fonte DJ data: 16.05.2005.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em apelação confirmando sentença, encampando a ideia de que a legitimidade é taxativa, extinguiu processo proposto pela Comissão de Defesa do consumidor da ALERJ por falta de legitimidade:

"Constitucional. Civil. Consumidor. Processual Civil. Ação civil pública proposta pela referida comissão parlamentar fluminense, no escopo da alteração de nova sistemática quanto à bilhetagem eletrônica nos ônibus, estabelecida pela citada entidade federativa das empresas permissionárias. Sentença que julgou extinto o processo sem exame de mérito, no repute da carência da condição acionária da legitimidade, acerca do pólo ativo. Apelação. Pareceres ministeriais em seu abono. Discordância respeitosa. Lei 7347/1985 que, ao definir os legitimados para deduzir tal demanda, não incluiu entes como o aludido. Lei 8078/1990 (CODECON), cujo artigo 82 e incisos, não tem o condão almejado pela recorrente, até porque o Regimento Interno da ALERJ, na atual redação, atribui à dita comissão, quando muito, o papel de fiscalizar e receber reclamações; o que não pode ser extrapolado na concessão da dita condição acionária específica. Carta deste Estado, que, por igual, não estipula o poder pretendido. (...) Sentença irretocável. Recurso que se desprovê.(Apelação - 0101263-97.2005.8.19.0001 - Des(A). Luiz Felipe Da Silva Haddad - Julgamento: 14/02/2007 - Terceira Câmara Cível)"

Dessa decisão, foi interposto o Recurso Especial 1.075.392/RJ, pela Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, com fito de que seja reconhecida a legitimidade da mesma.

Nesta toada, decidiu o STJ pela legitimidade da Comissão, afirmando que as decisões de primeira e segunda instância deram uma interpretação demasiadamente restritiva ao artigo 82, III, do CDC. O raciocínio usado foi que esse artigo confere às entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, legitimidade para exercer em juízo a defesa dos interesses e direitos dos consumidores. Logo, privilegiou-se a interpretação extensiva do texto legal, tendo em vista que no conceito de entes públicos também estaria englobado as comissões, mesmo que sem personalidade jurídica:

"PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA DE ÔNIBUS REALIZADA PELA FETRANSPORTE – RIOCARD. ARTS. 81 E 82 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEGITIMAÇÃO ATIVA DA COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS QUE REGEM A AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. Cinge-se a controvérsia à legitimidade da Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro para propor Ação Civil Pública (...). 2. O CDC conferiu legitimação para ajuizamento de demandas coletivas, inclusive para a tutela de interesses individuais homogêneos, às "entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados a defesa dos interesses e direitos" do consumidor (art. 82, III). 3. As normas que regem a Ação Civil Pública – símbolo maior do modelo democrático, coletivo, eficiente e eficaz do

acesso à Justiça, na sua concepção pós-moderna – convidam à ampliação judicial, jamais à restrição, do rol de sujeitos legitimados para a sua propositura. O Juiz, na dúvida, decidirá em favor do acesso à Justiça, pois a negação da legitimação para agir demanda vocalização inequívoca do legislador. 4. A recorrente – Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro – é entidade ou órgão técnico vinculado ao Poder Legislativo Estadual com competência, expressa e específica, para atuar na tutela do consumidor, integrando o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. 5. A previsão normativa para ajuizar demandas coletivas na hipótese dos autos foi inserida, em fevereiro de 2006, no art. 26, § 49, "d", do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, reforma (diga-se, de passagem, desnecessária) realizada rigorosamente para expressar tal possibilidade. 6. Na apreciação da legitimação para a proposição de ações coletivas, não se deve entender restritivamente a expressão "Administração Pública", referida no art. 82, III, do CDC. Para o intérprete da lei, como o STJ, importa apenas indagar se o órgão em questão exerce, com base em autorização legal, função administrativa e, por meio dela, a defesa do consumidor, de modo análogo ou semelhante ao Procon. 7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade da Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro para a propositura de demanda coletiva visando à defesa do consumidor. (Recurso Especial Nº 1.075.392 - Rj 2008/0158653-6 Relator : Ministro Castro Meira R.P./Acórdão : Ministro Herman Benjamin – 15/12/2009)".

Patente, que o Superior Tribunal de Justiça adota uma posição que destoa do que é defendido tradicionalmente, onde a legitimidade somente é a que está prevista no texto legal, onde as Comissões podem ingressar com ação coletiva, inclusive para defesa de direitos individuais homogêneos.

Conclusão

As mudanças no direito brasileiro a partir da década de 80, produziu mudanças profundas no sistema processual, com o aumento de importância e de instrumentos da tutela coletiva.

A Lei de ação civil público trouxe um amplo rol de legitimados para as ações coletivas. A Constituição de 1988 previu institutos da tutela coletiva em diversos dispositivos, o que mostra a importância dos interesses coletivos. Assim, houve a constitucionalização dos interesses difusos coletivos, sem limitações quanto a matéria, como função institucional do Ministério Público - extremamente autônomo e independente no Brasil, permitindo a lei a ampliação da legitimação ativa (art. 129, III e § 1, CRFB/88).

Após, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) ampliou o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública, ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, os chamados individuais homogêneos.

Desta maneira, não é cabível vislumbrar que com o passar do tempo sejam enfraquecidos os instrumentos de efetividade da tutela coletiva. Defender que o Ministério Público não tem direito de propor ações coletivas sobre direito individual homogêneos e os órgãos de defesa do consumidor não são legitimados do microsistema coletivo é um verdadeiro retrocesso a tudo que foi construído.

O acesso à justiça, previsto no artigo 5 inciso XXXV, compreendido como um direito fundamental de segunda geração, ou seja, que demanda do Estado uma atuação positiva, tanto para materializar, como para instrumentalizar o direito por lei não pode ser diminuído.

Isso acontece pela incidência do princípio da vedação ao retrocesso¹⁹ que preceitua que os Direitos Fundamentais uma vez estabelecidos na ordem jurídica, dentro de um nível de efetividade, não podem ser suprimidos ou enfraquecidos, pelo Estado, sob pena de inconstitucionalidade.

Desta forma, tendo o Ministério Público como uma de suas funções a defesa de outros interesses que compactuem com sua finalidade institucional, é importante uma compreensão do direito individual homogêneo como um direito subjetivo de relevância social, de modo que este direito deve se sobrepôr, em um conflito de interesses, a um direito subjetivo meramente individual.

Já quanto às Comissões de Defesa de Consumidor das Assembleias Legislativas dos Estados, nada impede que haja a defesa dos direitos do consumidor, visto que a interpretação a ser dada é quanto a legitimidade a partir da permissão legal dos Entes Públicos para as ações coletivas.

Assim, deve ser interpretada de forma extensiva a legitimidade coletiva que é *ope legis*, a fim de possibilitar a propositura de ação do Ministério Público referente a qualquer direito individual homogêneo e das Comissões de Defesa de Consumidor das Assembleias Legislativas dos Estados em relação a qualquer direito coletivo, desde que relativo a defesa do consumidor.

¹⁹ “ Para Canotilho, o princípio da proibição de retrocesso social formula-se assim: “ o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente protegido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” para e simples desse núcleo essencial” CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, 1997 Apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002. p. 67.

Interpretação diversa, acarretaria graves prejuízos a sociedade, ocasionando inclusive uma inconstitucionalidade na interpretação da legislação por violação ao princípio da vedação ao retrocesso.

Referências

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. **Revista de Processo** nº 61. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro-março, 1991.
- DIDIER, Fredie. *Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial*. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/fonte-normativa-da-legitimacao-extraordinaria-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-legitimacao-extraordinaria-de-origem-negocial/>>. Acesso em 15 de agosto de 2017.
- GARCIA, Leonardo Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 13 ed. Salvador. Juspodium, 2017
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2 ed. São Paulo: SRS, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- MAZZILLI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, págs. 96-98.
- MAZZILLI, Hugo Nigri. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 42.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito processual civil moderno*. 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional: Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MORAES, Daniele Alves. *Legitimidade Ativa do Ministério Público nas Ações Coletivas para Defesa dos interesses individuais homogêneos*. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/viewFile/18473/9903>. Acesso em: 18.08.2017.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O SERVIÇO PÚBLICO: APLICABILIDADE DA LEI 13.460/2017

Fabiano Lima Paschoal de Souza
Jaqueline dos Santos Oliveira
Lucimar Porto Ribeiro
Marcio Azevedo Fernandes

Resumo: O presente trabalho abordará a legitimidade do Ministério Público e o Serviço Público face à regulamentação da Lei 13.460/2017 que protege os usuários dos serviços prestados pela administração pública. Discorrendo brevemente sobre o direito que o usuário tem através da lei em avaliar os serviços públicos utilizados por ele e mal prestados pela administração pública.

Palavra Chave: Legitimidade *ad causam*; Usuário e Serviço Público.

Introdução

O serviço público no Brasil, que muito se discute a sua eficiência, independe dos prazos estipulados para a sua concretização, que quase sempre chegam ao judiciário, ante a sua ineficiência. A par disso, em que pese a atuação do Ministério Público, como, *custos legis*, trouxe o legislador através da Lei 13.460/2017, mecanismos para salvaguardar a participação, proteção e defesa dos direitos dos usuários de serviços, como forma de tratamento e o prazo de até 30 dias de resposta final às denúncias, reclamações, solicitações, sugestões e elogios dos usuários.

A lei em comento regulamenta o § 3º do artigo 37 da Constituição Federal, garantindo as formas de participação da sociedade e de avaliação periódica de qualidade dos serviços públicos. Entre os direitos básicos estão: igualdade no tratamento do usuário, vedado qualquer tipo de discriminação: atendimento por ordem de chegada, ressalvados casos de urgência e as prioridades asseguradas por lei; aplicação de soluções tecnológicas para simplificar processos e procedimentos entre outros.

Por outro lado, destaca-se que os órgãos terão de disponibilizar e atualizar periodicamente uma carta de serviços aos usuários com informações claras a respeito do serviço prestado, tempo de espera para atendimento, prazo máximo e local para reclamações, entre outros serviços. As regras valem para serviços prestados por órgãos e

entidades da administração pública direta e indireta, contemplando os três poderes. (Executivo, Legislativo e Judiciário), além de entidades que prestam serviços públicos de forma delegada, além da criação do canal de entrada das manifestações, bem como orienta que cada Poder e esfera de governo disponha de atos normativos específicos acerca da organização e funcionamento desses espaços de controle e participação social, que atuam como interface entre sociedade e Estado.

Outro avanço é avaliação cidadã dos serviços públicos. A lei determina que órgãos e entidades devam medir anualmente o índice de satisfação dos usuários e a qualidade do atendimento prestado.

Desenvolvimento

O Ministério Público a partir da Constituição Federal de 1988 tornou-se uma instituição essencial a função jurisdicional do Estado, dada a sua independência funcional na proteção de direitos metaindividuais, indisponíveis e de interesses coletivos, tornando-o um “quarto poder”.

Nesse contexto ampliou-se a defesa dos usuários de serviços públicos. Quer sejam eles pessoas jurídicas ou pessoas físicas, salienta-se ainda o fato que tendo em vista a hipossuficiência dos usuários de serviços públicos, pessoas físicas, acarreta em primeira face à indispensável intervenção ministerial. Isso porque o Ministério Público possui ferramentas que auxiliam em muito a inquirição na busca do porquê da omissão do Estado na necessária atividade de serviço público.

Deve-se destacar também que a mesma carta cidadã que criou e deu poderes ao Ministério Público, prevê a necessária criação de legislação infraconstitucional que regulamente o que desejava o constituinte que não era outra senão o atendimento digno ao cidadão comum, dito como homem mediano, bem como, ao prestado também as pessoas jurídicas de direito privado.

Tendo em vista o já explanado, surge a seguinte questão: tem o Ministério Público legitimidade para intervir em favor dos usuários do serviço público?

Para nos responder esta questão podemos nos debruçar no pensamento do ilustre professor Luciano Velasques Rocha: *“Deve distinguir entre os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos quando se pretende responder à indagação acerca da natureza da legitimidade do Ministério Público”*.

Com efeito, há entendimento no sentido que o Ministério Público seria legitimado ordinário quando ajuíza ação civil pública para defesa dos direitos difusos ou coletivos, e seria substituto processual quando defende interesses individuais homogêneos. Já se sustentou em doutrina que a defesa em juízo dos direitos difusos se dá sempre sobre a forma de substituição processual. Sem embargo, registram-se opiniões segundo as quais a natureza da legitimidade do *Parquet* para ajuizar ação civil pública seria a de uma legitimidade extraordinária.

Por outro lado, não se pode esquecer que os membros do Ministério Público são igualmente membros desta sociedade, o que nos conduziria a conclusão de uma legitimação ordinária – ao menos na parte do bem ambiental que toca os membros da instituição em quanto cidadão.

Como exemplo, podemos discorrer sobre o seguinte: o Estado sendo ele na pessoa da administração direta ou da iniciativa privada em forma de concessão presta serviço de coleta de lixo, mas não toma os devidos cuidados ao descartá-lo na natureza, então por um lado ele executa um ótimo serviço que é a coleta de lixo, porém por outro, ele contamina o meio ambiente.

Quando o Ministério Público intervém ele atua na dupla forma quais seja a legitimidade ordinária e extraordinária. Isso porque quando ele é prejudicado como membro da sociedade está atuando na forma ordinária, e quando ele substitui a sociedade ajuizando ação civil pública seria legitimidade extraordinária.

Podemos dizer então que essa inovadora lei 13.460/2017 surge como uma ferramenta indispensável a dupla atuação do Ministério Público. Devemos destacar que a Constituição Cidadã se tornou um divisor de águas entre o Estado Social de Direito, para o Estado Democrático de Direito, isso porque a própria constituição prevê uma sociedade que possa gerir melhor a relação Estado - Cidadão, e isso é mais destacado na prestação de serviços.

Mesmo em face das constantes evoluções experimentadas na forma de atuação do Estado no campo econômico e da gradual ampliação do campo das atividades econômicas submetidas à livre iniciativa, é inegável a importância que os serviços públicos ainda representam na sociedade contemporânea, especialmente após o período de privatizações e da delegação de parte considerável da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, por meio de concessões e permissões, a disciplina das relações estabelecidas entre prestadores e usuários no âmbito desses serviços vem ganhando crescente importância.

Dá mesma forma com que se percebeu, no âmbito das relações entre privados, que o direito civil não se mostra eficaz para disciplinar a relação estabelecida entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços, em face da mitigação dos pressupostos da liberdade de contratação e da igualdade de condições negociais entre as partes, tornou-se claro, também no âmbito dos serviços públicos, que as normas desenhadas para regular os contratos administrativos entre a administração pública e seus fornecedores não era suficiente para proteger os interesses dos usuários dos serviços públicos.

No primeiro caso, o reconhecimento da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor frente ao poder econômico do mercado fornecedor na relação de consumo demandou a necessidade da edição de regras próprias a fim de restabelecer um estado de equilíbrio entre as partes, dando origem ao tão aclamado Código de Proteção e Defesa do consumidor.

No segundo, atinente à proteção dos usuários dos serviços públicos, a inexistência de legislação específica levanta questionamentos ainda não suficientemente explorados, no que diz respeito, principalmente, à compatibilização entre a proteção do direito do usuário individualmente considerado e as características inerentes aos contratos administrativos, destinadas à proteção do interesse público como um todo.

Importa analisar, neste contexto, de que forma a defesa dos direitos do usuário de serviços públicos poderá ser implementada, em especial diante do que dispõe a legislação atualmente em vigor.

A garantia da proteção aos consumidores e a necessidade de criação de regras próprias capazes de tornar tal proteção efetiva foram acolhidas pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, XXXII impôs ao Estado a promoção, na forma da lei, da defesa do consumidor:

a) Para assegurar a colocação em prática de tal garantia, o art. 48 do Ato das Disposições Transitórias fixou um prazo máximo de 120 dias para a elaboração de um código de defesa do consumidor;

b) Com algum atraso, em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.078, o chamado "Código de Proteção e Defesa do Consumidor", que tem por objetivo, conforme previsto, o estabelecimento de normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, tendo em vista sua importância e efetividade na defesa dos interesses dos consumidores, cumpre investigar a possibilidade de abarcar, na disciplina do referido Código, também a defesa dos usuários de serviços públicos.

Para o que ora importa, assim dispõe o artigo 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei. A defesa do consumidor”

Da seguinte forma o artigo 48 da ADCT, *in verbis*: “Art. 48 O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Dispõe o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 1. O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor; de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts.48, inciso XXXII, art. 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor ocupou-se de definir, inicialmente, as duas partes elementares da relação de consumo: o consumidor e o fornecedor.

Ao fazê-lo, utilizou-se conceitos exclusivamente econômicos e não jurídicos, razão pela qual ambos os conceitos, previstos nos artigos 2º e 3º do Código, são bastante amplos, visando a abranger quais quer relações de aquisição ou utilização de produtos ou serviços. Em que pese sua amplitude, tais conceitos não se mostram suficientes para isoladamente, determinar a aplicação ou não do referido Código ao âmbito dos serviços públicos, a fim de alcançar também a tão necessária defesa dos interesses dos usuários destes serviços.

De fato, a afirmação de que o consumidor é também aquele que contrata um serviço não pressupõe, de ter-se, que a contratação de um serviço público caracterizaria "relação de consumo" para fins de aplicação das regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Tampouco a conceituação de fornecedor como a pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade de prestação de serviços não esclarece a questão, porquanto não delimita o conceito de serviço.

Nem mesmo o conceito de serviço estabelecido no Código do Consumidor é suficientemente preciso para determinar a inclusão ou não, em seu bojo, do serviço público, uma vez que se limita o § 2º do art. 3º a afirmar: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Não há dúvidas, no entanto, de que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor pretende alcançar, em seu âmbito de aplicação, também a proteção ao usuário de serviços públicos.

Não obstante se vislumbrem semelhanças no que se refere à posição ocupada pelo usuário de serviço público em relação àquela ocupada pelo consumidor, mormente no que toca à sua vulnerabilidade, sustentar a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao usuário de serviços públicos com base, unicamente, nas regras do próprio Código, é passível de questionamento.

Após a publicação da Lei nº 8.987/95, que ao tratar das regras gerais aplicáveis às concessões e permissões de serviço público estabeleceu, em seu art. 7º, os direitos e deveres dos usuários de serviço público, afirmando que "sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações do usuário: [...]". Nesse sentido, podemos afirmar que as dúvidas até então existentes puderam ser parcialmente afastadas.

Tal artigo seria o reconhecimento, pelo direito administrativo, da aplicabilidade do direito do consumidor às relações estabelecidas entre usuários de serviços públicos e seus prestadores, em especial com a admissão técnica e faticamente da vulnerabilidade dos usuários, mesmo quando já admitida" a aplicabilidade plena do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao usuário de serviço público em razão dos dispositivos da própria lei consumerista, a ressalva efetuada no caput do art. 7º da Lei nº 8.987/95 mostrou-se importante para reforçá-la, demonstrando a intercambialidade entre o sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a legislação específica que rege a proteção dos usuários no regime de concessão.

Diante de tal conjugação de normas, surgiu o entendimento de que caberia ao intérprete a aplicação daquela que melhor favorecesse o usuário, de modo que nenhum dos direitos estabelecidos pelas regras específicas de direito administrativo poderia ser interpretado para restringir o alcance de quaisquer dos direitos previstos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor". A leitura correta do art. 7º da Lei 8.987/95 seria, assim, a de que os direitos subjetivos estabelecidos em tal lei são acrescentados aqueles previstos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, emprestando a esta norma, em razão de seu sentido protetivo do consumidor, preferência de aplicação.

Como já destacado, pode ser usado o CDC na proteção do consumidor de serviços públicos. Por outro lado, ainda assim, resta uma parcela da doutrina que entende que o

Código de Proteção e Defesa do Consumidor deva ser aplicado com cautela aos usuários de serviço público, ressaltando para tanto peculiaridades intrínsecas ao regime jurídico no qual estes últimos são prestados²⁰.

É de suma importância reconhecer a existência de diferenças essenciais entre as atividades privadas e o serviço público, que se estendem desde a titularidade dos serviços e o interesse visado pelo prestador até as prerrogativas concretas conferidas ao poder concedente, foi ressaltada por Marçal Justem Filho ao expressar sua perplexidade frente à cumulatividade da aplicação do Direito Administrativo e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Na tentativa de explicar tal situação o autor busca as origens do Código de Proteção e Defesa do Consumidor no direito norte-americano, onde todos os serviços, incluindo as publicações que mais se aproximam da noção brasileira de serviço público, submetem-se aos princípios da livre iniciativa, inexistindo a figura do serviço público de titularidade do Estado.

Ao importar tal prática e aplicá-la aos serviços públicos, no entanto, algumas das diferenças fundamentais entre as atividades econômicas e os serviços públicos devem ser destacadas.

A primeira delas diz respeito ao serviço público como função pública, no sentido de que o prestador de um serviço público, ao contrário do que ocorre nas atividades econômicas, deve almejar, em primeiro lugar, o interesse público. Daí porque lhe é dado promover alterações nas condições de prestação do serviço, consoante decisões regulatórias tomadas no interesse da coletividade, às quais o usuário deverá submeter-se, pois não poderá o prestador de serviço público assegurar o interesse isolado de um único usuário em detrimento do interesse da coletividade.

No que diz respeito ao usuário de serviço público, portanto, este não terá o seu interesse particular determinando a prestação do serviço, que é estruturado para atender a coletividade.

Além disso, a disciplina que regulamenta o serviço público é fixada por ato administrativo estatal, ao qual o prestador do serviço se submete, não lhe sendo permitida a livre estipulação das condições negociais como ocorre com as atividades econômicas.

Daí porque, no campo dos serviços públicos, os interesses tutelados não são disponíveis como no campo da atividade econômica privada, sendo admissível que o

²⁰ CAPELETTO, Gilberto José. Direito dos Consumidores e Regulação dos Serviços Públicos. Marco Regulatório, Porto Alegre. AGERGS, n. 4, p. 31-63, 200 I. p.50.

usuário como parte economicamente mais fraca, tenha seus interesses sacrificados em prol do interesse da coletividade, o que não ocorre no direito privado.

Por fim, há que se tenha presente que os custos econômicos da tutela do usuário são, arcados, ao fim e ao cabo, pela própria coletividade, ao contrário do que ocorre no âmbito das atividades econômicas privadas, onde é o fornecedor que, que, via de regra, arca com tal custo.

Assim, as consequências de uma penalidade, imposta ao prestador de serviço público, atingirão a esfera de terceiros que não possuem qualquer relação com o usuário cujo interesse individual se está a proteger.

Tais conceitos encontram-se nos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/90, *in verbis*:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º O Produto é Qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Conclusão

Como vimos não basta a previsão inserida na Constituição Cidadã da necessidade de uma lei que regulamentasse a relação consumerista entre os fornecedores de serviços públicos e seus consumidores havendo, portanto, necessidade que o Ministério Público pudesse intervir como dito de forma extraordinária e ordinária em prol da funcionalidade desta prestação sabendo-se que a nítida hipossuficiência por parte dos consumidores quer sejam pessoas quer jurídicas.

Por outro lado, verificou-se também, que se tratou, ao longo do presente estudo, de investigar o regime jurídico aplicável à proteção dos direitos dos usuários nas relações estabelecidas com os prestadores de serviços públicos, quer quando prestados diretamente pela Administração Pública, quer quando delegados a particulares mediante concessão ou permissão.

Concessões de Serviço Público, não resta dúvida de que essa proteção é almejada pela Constituição Federal e nela encontra-se expressamente prevista, não apenas no texto originário, que já tratava dos direitos dos usuários de serviços públicos, inclusive

diferenciando-os dos consumidores no âmbito das atividades privadas, mas ainda na Emenda Constitucional nº1998, que determinou a elaboração de norma específica para disciplinar os direitos dos usuários de serviços públicos. Não obstante referida lei de proteção do usuário de serviço público não tenha sido, até o presente momento, editada, resta evidenciada a preocupação da legislação infraconstitucional, da doutrina e da jurisprudência pátria em promover, na prática, a defesa desses interesses.

Constatou-se, neste sentido, que a legislação infraconstitucional tratou de promover a defesa do usuário de serviço público por meio de normas de direito privado, em especial o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que contém artigos destinados, expressamente, à regulação dos serviços públicos.

Causa espécie que a quase totalidade da doutrina e da jurisprudência nacionais defenda a aplicação das referidas normas sem levantar quaisquer questionamentos acerca de sua constitucionalidade, mormente diante da flagrante diferença de tratamento conferida pela Constituição Federal ao consumidor de atividade econômica sujeita à livre iniciativa e ao usuário de serviço público.

O escasso tratamento da questão pela doutrina e pelos Tribunais parece coadunar-se com a inerente necessidade de difusão de uma eficaz proteção do usuário de serviço público, que, por óbvio, atende aos anseios da sociedade e ao próprio interesse público almejado pela Constituição Federal.

Tal medida, no entanto, não afasta a aparente inconstitucionalidade das normas privadas que trata de serviços públicos, tampouco a premente necessidade de se editar a lei específica exigida pelo Poder Constituinte Derivado.

Até que tal medida seja implementada, no entanto. Há que se admitir a aplicação das normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao usuário de serviços público por analogia, a fim de evitar que seus legítimos interesses restem desprotegidos.

Tal aplicação analógica deverá sempre levar em consideração as especificidades do regime dos serviços públicos, afastando-se sua utilização quando em confronto com as normas de direito administrativo ou quando prejudiciais ao interesse público envolvido na prestação de tais serviços.

Bibliográficas:

ROCHA. *Luciano Velasques*. **Ações Coletivas**, São Paulo, Forense editora 2007;

AMARAL. *Antonio Carlos Sintra do*. **Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor**. Revista Eletrônica 2005;

MELLO. *Celso Antonio Bandeira de.* **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo, Malheiros Editora 2000.

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DO SERVIÇO PÚBLICO

Resumo: O serviço público é, segundo Hely Lopes Meirelles, todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados. Neste sentido, teria o Ministério Público, legitimidade ativa para ingressar com ação civil pública em desfavor do serviço público? No presente artigo debate-se acerca desta legitimidade, atentando-se principalmente para o serviço prestado e para a matéria a ser tutelada, em especial àquelas de direito coletivo, difuso e individual homogêneo.

Palavra-chave: Legitimidade. Serviço Público. Ação Civil Pública. Ministério Público.

Introdução

O presente artigo busca analisar a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em face do serviço público. Para tanto, buscou-se junto à jurisprudência majoritária embasamento jurídico para tal estudo, utilizando-se de casos concreto, a fim de exemplificar a legitimidade ou ilegitimidade do Ministério Público frente às causas que envolvam, especificamente, o serviço público.

O intuito do presente trabalho é esclarecer pontos controvertidos acerca da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos *latu sensu* – difusos, coletivos e individuais homogêneos - diante de episódios em que as prestações dos serviços públicos ocorram de forma precária, ou ante alguma atitude abusiva ou ilegal atinente ao serviço público prestado.

Diante do tema estudado não se poderia deixar de realizar uma abordagem sobre a recente Lei do Usuário do Serviço Público (Lei nº 13.460 de 2017 de 26 de junho de 2017), através da qual o cidadão ganha mais um mecanismo de participação, proteção e defesa dos seus direitos relativos aos serviços públicos prestados.

1. Breve Considerações Acerca da Ação Civil Pública

A Ação Civil Pública encontra base jurídica principal na Lei nº 7.347/1985 - LACP. É importante destacar que, com o advento da Lei da Ação Civil Pública a tutela dos direitos coletivos *latu sensu* passou a ser efetiva, de modo que, a LACP ampliou as

hipóteses de cabimento de demandas visando à tutela dos direitos coletivos *latu sensu*, podendo tal ação ser utilizado não somente para proteção do patrimônio público, vez que era tutelável por meio da ação popular, mas, também, para a proteção do meio ambiente, dos consumidores, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, como qualquer interesse difuso e coletivo.

Neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli assevera:

Advinda pouco antes da promulgação da Constituição de 1988, chegou a marcar época a chamada Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei n. 7.347/85), por permitir a propositura de inúmeras ações para a defesa de interesses transindividuais a servir de base para novas leis que ampliaram sua abrangência. Após o advento da Lei n. 7347/85, coube por primeiro à própria Constituição de 1988 ampliar o rol dos legitimados ativos para a defesa dos interesses transindividuais, bem como o objeto das ações coletivas.²¹

Logo, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi possível perceber sensível ampliação deste rol de legitimados, atribuindo ao Ministério Público legitimação ativa para propositura de ação civil pública, buscando tutelar interesses difusos e coletivos considerando, conforme se vê da redação do art. 129, III, bem como os demais colegitimados elencados no art. 5º, da Lei 7.374/85.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC) - Lei nº 8.078/90 -, foi alterado diversos dispositivos da lei da ação civil pública, criando novas regras e conceitos acerca da tutela dos direitos difuso, coletivos e individuais homogêneos através de ações coletivas, a teor do art. 81, cujo rol de legitimados é trazido no art. 82 do mesmo diploma legal, estando entre eles o Ministério Público.

Assim, a lei relaciona os seguintes legitimados à propositura da ação civil pública ou da ação coletiva, notadamente: *i)* Ministério Público; *ii)* União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal; *iii)* autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações; *iv)* órgãos públicos ainda que sem personalidade jurídica, mas destinados à defesa do respectivo interesse transindividual; *v)* associações civis (art. 5º, LACP; art. 82, CDC). Destaca-se que, todos esses legitimados ativos agem em nome próprio, em defesa de interesses do grupo, classe ou categoria de lesados.

Passando tal ponto, pode constituir objeto da ação civil pública ou coletiva a defesa dos seguintes bens e interesses: *i)* meio ambiente; *ii)* consumidor; *iii)* patrimônio cultural (bens e valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos, paisagísticos etc.); *iv)* ordem

²¹ MAZZILLI. Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015 p. 113

econômica e economia popular; v) ordem urbanística; vi) qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo (art. 1º, LACP).

A esse rol, acrescenta-se a defesa coletiva das pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89), dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei n. 7.913/89), das crianças e adolescentes (art. 210, V, ECA), dos idosos (Lei n. 10.741/03), entre outros.

Entretanto, cumpre trazer à baila que, por meio de medida provisória, pretendeu-se restringir o objeto das ações civis públicas, conforme previsto no parágrafo único do art. 1º da LACP, veja-se:

Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.²²

Sendo assim, vedou-se o uso da ação civil pública para a defesa de contribuintes, e esse posicionamento tem encontrado pronta acolhida nos tribunais superiores.

Ademais, no que tange as regras de competência para as ações civis públicas, são previstos, basicamente, os seguintes preceitos: *i*) a ação deverá ser proposta no local onde o dano ocorreu ou deva ocorrer, nos termos do art. 2º, LACP; *ii*) tratando-se de defesa coletiva de crianças ou adolescentes, a competência será determinada pelo lugar da ação ou da omissão, art. 209, ECA; *iii*) tratando-se de danos regionais ou nacionais, a ação civil pública ou coletiva deverá ser proposta na Capital do Estado ou do Distrito Federal, à escolha do autor, art. 93, CDC; *iv*) havendo interesse da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal, a ação será da competência da Justiça Federal, conforme previsto no art. 109, I, CF; bem como RE 228.955-9-RS, do STF.

2. Dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

No que tange especificamente aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, vale ressaltar os pontos que os diferem.

Segundo o entendimento para efeitos do Código de Defesa do Consumidor, os interesses ou direitos difusos, ou transindividuais de natureza indivisível, são aqueles em que temos como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, já os interesses ou direitos coletivos, ou transindividuais de natureza indivisível temos como sujeitos grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por

²² BRASIL. Lei nº 7343 de 24 de julho de 1985. Institui a Lei da Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm> Acesso em 14 de setembro de 2017.

uma relação jurídica base, e quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, são os entendidos como decorrentes de origem comum.

Sendo assim, verificamos que os direitos difusos e coletivos encontram equivalência apenas com relação à natureza indivisível do bem jurídico, ou seja, seu objeto.

Isso significa dizer, que não é possível satisfazer apenas um dos titulares dos interesses difusos ou coletivos. A satisfação de um, implica necessariamente na satisfação de todos.

Já com relação aos interesses individuais homogêneos, segundo Ada Pellegrini Grinover, são *"individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas conduzíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum."*²³

Neste sentido, conforme a própria legislação dispõe, o Ministério público é o órgão competente para tutela de tais direitos, difusos e coletivos, entretanto, também faz-se claramente oportuna a legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos em que o bem jurídico envolvido tenha relevância social e a tutela proporcione a prestação jurisdicional mais efetiva para os jurisdicionados do que a demanda individual.

Não nos debruçaremos nesse artigo sobre a complexa natureza jurídica do direito individual homogêneo.

Entretanto, vale ressaltar que em quase todas as hipóteses em que uma das Cortes Superiores é instada a se manifestar sobre o tema, a questão restringe-se a deliberar se, naquela hipótese concreta se o Ministério Público tem legitimidade para a tutela do direito alegado. Em outras palavras, se aquele direito é realmente individual homogêneo ou seria individual heterogêneo, ou seja, uma simples soma de vários direitos individuais, sem que haja entre eles um fio condutor capaz de gerar relevância social e a indisponibilidade necessárias à configuração da legitimidade do *Parquet*.

A propósito da atuação do Ministério Público em defesa de interesses individuais homogêneos, vale invocar a Súmula nº 7 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo:

"O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81, III, c/c o art. 82, I, do CDC, aplicáveis

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pág. 727

estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art. 21 da Lei nº 7.347/85, que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes.”

O Ministério Público tem legitimidade para tutelar interesses individuais homogêneos, assim entendidos aqueles de natureza divisível pertencentes a titulares determináveis e que tenham entre si um vínculo fático decorrente de sua origem comum (art. 81, parágrafo único, III, CDC). Nesses casos, considerada sua relevância social (decorrente, por exemplo, da natureza do interesse, da considerável dispersão ou condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais) são aplicáveis os instrumentos legais de tutela coletiva (e.g. inquérito civil, ação civil pública) – art. 81, parágrafo único, III e art. 83, CDC; art. 21, Lei nº 7.347/85. É o caso da tutela dos interesses individuais homogêneos dos consumidores (contratos bancários, consórcios, seguros, planos de saúde, TV por assinatura, serviços telefônicos, compra e venda de imóveis, mensalidades escolares, serviços de internet, etc.) e de quaisquer outros que reúnam as características acima apontadas. (Fundamentação da Súmula nº 7 do CSMP/SP).

Ainda nesse contexto, também se constata que em que pese haja indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, será também exigível a atuação do Ministério Público se a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convier à coletividade como um todo.

Entendemos que distinguir entre as diversas formas de interesse: a contraposição mais usual do interesse público (de que é titular o Estado) ao interesse privado (de que é titular o cidadão), na verdade, exprime apenas uma faceta do que seja o interesse público.

3. Do Serviço Público

Serviço público, em sentido objetivo trata da atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes, não levando em consideração quem realmente executa atividade, só estando atendo a ideia da própria atividade em si.

Portanto, serviço público como atividade e para melhor entendimento sobre o assunto há que ser conceituado. Ocorre que não há um conceito o qual transmita uma identidade ao tema. No entanto, há que se destacar o mais recente conceito atribuído ao

tema, que foi introduzido na lei dos usuários dos serviços públicos, Lei 13.460 de 2017, mais precisamente no art. 2º, inciso II, que vem da seguinte forma: “Para os fins desta Lei, considera-se: II – serviço público – atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”. Incorre que já houveram críticas sobre essa definição, por tratar o serviço de forma genérica, isto é, aplicada a qualquer serviço, de uma forma muito ampla, não definindo um padrão.

No entanto, há autores que melhor definem esse conceito, quanto nacionais, quanto autores estrangeiros. Dentre esses autores cabe destacar, André Laubaderé que denomina de serviço público “*toda atividade de uma coletividade pública visando a satisfazer um objetivo de interesse geral*”²⁴.

Já no âmbito nacional, destacam-se conceitos de alguns autores como, Hely Lopes Meirelles assim define que o

“serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.²⁵

Assim como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que considera o serviço público

“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público”.²⁶

Esses autores são os alicerces para o definir serviço público. Todavia, pode-se dizer que é a atividade, que tem previsão legal, a qual atribui ao Estado exercer, ela mesma ou delegar a terceiro, com o objetivo de atender as necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcial de direito público.

Para definir as características do serviço público pode variar de acordo com o conceito. No entanto, as principais características são: sujeito estatal; interesse coletivo; e regime de direito público.

Sujeito estatal está relacionado à traços que condizem com fisionomia jurídica do instituto e confere a pertinência para a execução do serviço. Justamente por ter interesse coletivo, o serviço público é criado e regulamentado pelo Poder Público, assim

²⁴ ANDRÉ LAUBADÊRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1953, p. 35 e 551 e *Manuel de Droit Administratif*, 4ª ed., Paris, 1955, p.19

²⁵ MEIRELLES, HELY LOPES, Livro: **Direito Administrativo Brasileiro**, 42ª edição, 2016.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

como fiscalizá-lo. Há previsão legal de que esse exercício possa ser delegado, quando previsto em lei, a terceiro, porém não perde essa característica, visto que, o Estado ainda torna-se responsável por sua fiscalização e também, nada obsta, que o mesmo serviço público delegado volte a ser exercido pelo ente. Resumidamente, esse está relacionado a imagem de gestor.

Interesse coletivo, que nada mais, é a quem se destina o serviço público. Isto é, o Estado tem que ter como objetivo propiciar comodidades ao povo. Em síntese, deve ser pensado no povo e para o povo. O interesse coletivo pode ser subdividido em duas partes: essenciais e não essenciais.

Os essenciais, também chamados de primários, são aqueles que o Estado deve proporcionar em maiores dimensões, pois estaria assim atendendo as maiores demandas da coletividade. Já os não essenciais, ou secundários, não menos importante, são aqueles que terão um resultado de avaliação do Estado, por algum motivo especial, assim fazê-lo. Importante destacar que, apesar da nomenclatura, não há parâmetro definido previamente para essencialidade do serviço, variando de acordo com o lugar e tempo da atividade empenhada. O exemplo é que cada país pode definir como essencial um serviço e outro país nem tanto.

E por fim, quanto as características, o regime de direito público que é regime jurídico sob o aspecto a que será ele executado. Pelo serviço ser de responsabilidade do Estado, este deve-se submeter ao regime de direito público. Não precisa a disciplina se submeter a integralidade a esse regime, pode ser parcial, como é o caso aos que colaboram com o Poder Público.

Portanto, serviço público deve ter como característica o interesse coletivo, sujeito estatal e deve conter o regime jurídico público no teor, seja parcial ou total.

As classificações dos serviços públicos também devem ser ressaltadas, que podem ser diversas em detrimento de cada autor. No entanto, as quatro mais comuns são: serviços delegáveis e indelegáveis; serviços administrativos e de utilidade pública; serviços coletivos e singulares; e serviços sociais e econômicos.

Os serviços públicos delegáveis e indelegáveis diz respeito à execução, quem executa. Importante frisar que essa classificação não está relacionada a essencialidade do serviço, a ponto de definir que seja delegável ou não. Delegáveis, ou próprios, são aqueles que o ordenamento jurídico dispõe que sejam executados pelo Estado ou colaboradores, exemplo temos o transporte coletivo, energia elétrica e outros. Os serviços públicos

delegáveis podem ser tratados pelo próprio Estado, não necessariamente precisa atribuir a terceiro. Se assim iniciado, nada obsta que seja mais a frente cedido a particular. O que também não impede que o Estado que não tiver o poder de execução do serviço que seja feita a fiscalização do mesmo.

Os indelegáveis, ou impróprios, são aqueles que só podem ser executados pelo Estado diretamente, por meio de seus próprios órgãos ou agentes, pode ser dado como exemplo a segurança pública, fiscalização de atividades e outros. Esses por sua natureza são próprios, não podem ser atribuídos a particulares, são inerentes ao Poder Público e suas entidades autárquicas ou fundacionais.

Serviços públicos administrativos e de utilidade pública versam quanto a execução do serviço que pode ser de forma direta ou indireta. Portanto, serviços administrativos são aqueles que o executa afim se melhor organizar, como a implantação de centros de pesquisas ou edição de imprensa oficial para divulgar atos administrativos. Enquanto que os serviços de utilidade pública são destinados de forma direta aos indivíduos, como por exemplo a energia domiciliar, fornecimento de gás e outros.

A próxima classificação está relacionada a quem se destina o serviço, apesar de sempre ter interesse coletivo, elas podem ser coletivas, ou *uti universi*, e singulares, ou *uti singuli*. Os coletivos são aqueles prestados a grupos indeterminados, mas de acordo com um critério, opções, prioridades da administração e relacionado a um recurso que disponha. Estes serviços são prestados de acordo com a conveniência e possibilidade administrativa. Pode-se dar como exemplos, os serviços de pavimentação de rua, iluminação pública e outros.

Enquanto que os singulares ou *uti singuli* são aqueles serviços que se destinam há um determinado grupo, destinatários individualizados, sendo possível a medição quanto a utilização para cada um dos indivíduos. Para esses indivíduos são criados direitos subjetivos diante de condições técnicas a se receber, mas há casos especiais de vulnerabilidade, fazendo com que haja isenção para utilização desses serviços, exemplo serviços de energia domiciliar.

E por fim, quanto à classificação, os serviços sociais e econômico. Os serviços sociais são de fruição do Estado a fim de atender os reclamos sociais básicos por meio de uma atividade propiciadora de comodidade ou serviços assistenciais e protetivos. Como bem se percebe, esses serviços são deficientes e são custeados pelo Estado através de

recursos obtidos por arrecadação de tributos. Estão nesse caso os serviços de assistência à criança e ao adolescente; assistência médica e hospitalar; assistência educacional; etc.

Já os serviços econômicos são aqueles que apesar de públicos, o prestador do serviço auferir lucro obtidos da atividade, pois tem em vista o caráter empresarial. Exemplos comuns são os serviços de energia elétrica, gás canalizado, transportes coletivos e outros.

Outro aspecto importante está relacionado aos princípios. Princípios são pressupostos lógicos da norma legislativa contidos na legislação, algumas das vezes não expressas, que tem como finalidades, principalmente, preencher lacunas na lei. Portanto, há que se ressaltar da existência de aspectos particulares de cada tipo de serviço, mas que por outro lado, deve se considerar o caráter genérico, que podem se apresentar na prestação das modalidades. Os princípios gerados a partir daí são: generalidades, continuidade, eficiência, modicidade.

O Princípio da generalidade pode ter duplo caráter. De um lado, de forma ampla, o serviço pode ter sua execução aplicada da maior forma possível, a maiores números de indivíduos. E por outro lado, pode ter sentido ao que deve ser colaborado para o maior número de pessoas de forma indiscriminada, relacionado ao seu beneficiário, quando estes estiverem em igualdade de condições.

Já o princípio da continuidade, os serviços não podem sofrer qualquer tipo de interrupção, isto é, deve ser continuou sua prestação. Inclusive, deve ser prestado com eficiência, além de ser outro princípio. Isso quer dizer que, o serviço deve ser prestado de forma atualizada, com presteza, o máximo de eficiência quanto a sua execução.

E por fim, o princípio da modicidade. Esse princípio ressalta quanto a exigência da razoabilidade no preço do serviço. O Poder público tenta equilibrar o valor diante da capacidade financeira do usuário.

3.1 Lei do Usuário do Serviço Público – Lei nº 13.460/17

A Lei 13.460 de 2017, lei dos usuários de serviços da administração pública, que tem como objeto o estabelecimento de normas básicas para integralização, proteção e resguardo aos direitos desses serviços, sejam prestados direta ou indiretamente. A fim de fomentar o fundamento do pressuposto legal do art. 37 §3 I CF, pois esse dispositivo indica que os usuários desses serviços devem participar da administração pública, a qual uma das formas de se fazer isso é com a possibilidade de fazer reclamações a respeito da

prestação do serviço. Portanto, essa lei visa regulamentar o disposto da Constituição, e por isso, essa lei é aplicada a administração pública direta ou indireta dos entes federativos.

Apesar do advento dessa lei, ela não afasta outros direitos estabelecidos em outros diplomas. Tais como, normas regulamentadoras específicas desses serviços, exemplo normas do MEC, e o CDC. Assim, como essa lei também pode ser aplicada em caráter subsidiário, aos serviços públicos prestados por particulares. Exemplos: as clínicas hospitalares particulares.

Essa lei também se interessou em definir certos conceitos relacionados ao tema, como usuário, serviço público, administração pública e outros. Apesar haver uma crítica por essa parte da lei, pois esses conceitos foram relacionados de forma genérica, muito ampla.

Mais uma vez, a lei tratou de reafirmar os princípios norteadoras do serviço público assim como aplicando, também, ao atendimento ao cliente. Além disso, também tratou de firmar os direitos básicos e deveres do usuário, também regulamentou a forma de divulgação para a Carta de Serviço ao Usuário realizada por órgãos e entidades. Essa carta visa informar quanto a prestação de serviço, como acessos compromissos e padrões de qualidade, que deve ser feita de forma periódica e permanente nos sites dos gestores.

Outra finalidade trazida pela lei, foi a da manifestação. Essa visa garantir os direitos, o qual o usuário poderá apresentar suas opiniões perante a administração pública acerca do serviço prestado, que podem, inclusive, serem anônimas. Importante frisar, que a própria lei tratou de definir esse conceito. Elas serão encaminhadas as ouvidorias, a qual será realizada um relatório de gestão, trazendo ao final uma resposta ao usuário, além de que serão acompanhadas pelo Conselho de Usuários.

4. Do Ministério Público

Como é cediço, a atuação jurisdicional somente é exercida mediante provocação da parte, de modo que o magistrado não opere de ofício. Nesse sentido, o Ministério Público aparece como função essencial à justiça, sendo órgão autônomo e independente, trazendo suas funções estabelecidas na Magna Carta, buscando defender e assegurar a aplicação dos direitos e garantias fundamentais e inerentes ao ser humano, bem como ao meio ambiente e, de modo geral, a sociedade por inteiro.

Inicialmente cumpre asseverar que, apesar de previamente disposta na Constituição Federal de 1988, as normas e atribuições regulares ao Ministério Público também foram

adotadas em legislações específicas, existindo uma Lei Orgânica Nacional, que se refere a normas gerais para organização do Ministério Público dos Estados e uma Lei Complementar Federal, que é voltada à organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União.²⁷

Desta forma, como se observa, o Ministério Público é “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” conforme previamente disposto no art. 127 da Constituição Federal de 1988 e no art. 1º da Lei Orgânica Nacional do MP²⁸.

Destarte, no que tange as funções do Ministério Público, verifica-se que a Constituição Federal em seu artigo 129, competiu-lhe

*“zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” e “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.*²⁹

Nesse sentido, nota-se que esta instituição tem legitimidade para promover o inquérito civil, bem como a ação civil pública, objeto tema deste trabalho, que será analisado e abordado em seguida, com intuito de proteger e garantir a aplicação da lei às ações que envolvam patrimônio público e social e interesses gerais.

4.1 Da legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em face do serviço público

Como já visto, a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 disciplina a ação civil pública, a qual tem legitimidade para propositura o Ministério Público, entre outros legitimados, decorrente tanto desta legislação como da Constituição Federal, em seu art. 129, III, restando evidente sua atuação quando houver interesse processual na obtenção do provimento jurisdicional, além da própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que vislumbra como função geral deste órgão

“promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valores artísticos, estético, histórico,

²⁷ DE MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo, Atlas, 2017. p 418.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília/DF, de 05/10/1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

²⁹ Loc. Cit.

*turístico e paisagístico, e outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.*³⁰

No mais, vale esclarecer que, vide inteligência do §1º do artigo 129 da Constituição Federal, “*a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.*”³¹

Noutro giro, destaca-se que os bens a serem tutelados pelo Ministério Público na ação civil pública são aqueles que versam sobre direitos difusos e coletivos, ou seja, que tenham interesse social, sendo, conseqüentemente, transindividuais, de modo que, quando proposta a ação, esta busque tutelar bens de caráter geral, não levando em consideração um indivíduo, mas a coletividade.

Neste diapasão, assevera o professor José dos Santos Carvalho Filho que “*os interesses coletivos e difusos são interesses sociais e, portanto, naturalmente, indisponíveis. Sociais, porque atingem parcelas grupais da sociedade e, indisponíveis, porque são insuscetíveis de disponibilidade pelo grupo social ou por seus integrantes*”³².

Desta forma, analisando o tema com cautela, certo é que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública quando há direitos difusos e coletivos, não ficando clara a possibilidade desta quanto à tutela de interesses individuais homogêneos, mas possível aos direitos indisponíveis. Contudo, frisa-se que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não restringiu esta atuação, aplicando ao Parquet ampla possibilidade de defesa dos direitos individuais homogêneos, o que, todavia, não é absoluto.

Neste interim, cumpre mencionar que o termo “ação civil pública” é utilizado para referir-se as ações que versem sobre interesses transindividuais, a qual poderá ainda ser intentada por todos os colegitimados arrolados no art. 5º da LACP, conforme prevê Hugo Nigro Mazzilli³³.

No entanto, o doutrinador ainda ensina que, a ação terá como nome *ação coletiva* nos casos em que estiver fundamentada no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, sempre em defesa dos mesmos direitos transindividuais.³⁴

³⁰ BRASIL. **Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 14 de setembro de 2017

³¹ Op. Cit.

³² FILHO, José dos Santos Carvalho. **Ação Civil Pública. Comentários por artigo Lei 7.347, de 24.07.85.** 2ª Edição. Lumen Juris. p 99

³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 22ª Edição. Saraiva. São Paulo, 2009. p 73/74

³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. Cit. p 73/74

Ao mesmo tempo, Nelson Nery Junior entende que o Ministério Público tem legitimidade para atuar nas ações coletivas, inclusive tratando-se de direitos individuais homogêneos, bem como difusos e coletivos, por ter esta ação interesse social, tendo até mesmo tese aprovada por unanimidade no 9º Congresso Nacional do MP, senão vejamos:

“O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômicas, social e tributária” (CSMP, PT 39727/02, rel. Antonio Herman Benjamin, v.u., j. 9.12.2003, DOE-SP 12.12.2003)³⁵

Portanto, como a propositura da ação coletiva inclui interesses sociais e é função do *Parquet* resguardar e defender os interesses sociais, resta, assim, evidente sua legitimidade para propositura de ação civil pública ou ação coletiva quando de direitos individuais homogêneos, como se vê da redação do art. 81 e 82 do CDC.

Diante do exposto e, em outro campo, se faz necessária também a distinção entre a legitimidade ordinária e extraordinária, sendo relevante o apontamento acerca da legitimidade do Ministério Público nas ações civis públicas.

A legitimidade ordinária, nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, é aquela “segundo a qual a própria pessoa que se diz lesada defende seu interesse”, sendo certo que, “*aquele que invoca a condição de titular do direito material supostamente lesado é que cabe pedir sua proteção em juízo (ainda que o direito material possa efetivamente sequer existir; daí, pois, a autonomia do direito de ação).*” Em sentido oposto, a legitimidade será extraordinária “*quando o Estado não levar em conta a titularidade do direito material para atribuir a titularidade da sua defesa em juízo*”.³⁶

Para Nelson Nery Junior, “*a legitimidade ativa do MP para a ACP na tutela dos direitos difusos ou coletivos decorre da CF 129 III. Não é exclusiva, mas concorrente. (...) Trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo, de natureza ordinária.*”³⁷

Por outro lado, Hugo Nigro Mazzilli ensina que:

³⁵ JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13ª Edição. Revista dos Tribunais RT. 2013. p. 1669

³⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. Cit. p 63

³⁷ JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit. p. 1661

“Seria uma autêntica *legitimação ordinária* quando, nas ações de índole coletiva, o legitimado ativo comparece em defesa de interesse próprio (como uma associação civil, em busca de seus fins estatutários)? Dentro dessa mesma linha de raciocínio, apontam alguns autores estar presente uma verdadeira *legitimação ordinária*, quando o Ministério Público, os entes políticos, seus órgãos descentralizados e as associações, em nome próprio, propõe ações judiciais em defesa de seus interesses, embora em termo de colegitimação. De nossa parte, cremos que, ainda que o legitimado ativo compartilhe o interesse na restauração da ordem jurídica lesada, nas ações de índole coletiva, ele faz muito mais do que defender direito próprio: nessas ações está em jogo o interesse de cada integrante do grupo, tanto que a imutabilidade do *decisum* poderá alcançar todo o grupo (coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*).”³⁸

Não obstante, o citado autor entende que, “*a legitimação será extraordinária sempre que alguém, em nome próprio, defenda direito alheio, pouco importando se o substituído é pessoa determinada ou um grupo indeterminado de pessoas.*”³⁹

Outro não é o entendimento do Supremo e do STJ, que garantem que a legitimidade para a ação civil pública é extraordinária, em substituição processual, vez que tanto o Ministério Público quanto os demais colegitimados pretendem, em juízo, direito alheio em nome próprio, vejamos:

O Ministério Público detém legitimidade para a propositura de ação civil pública com o fito de obter pronunciamento judicial acerca da legalidade de cláusulas constantes de contrato de plano de saúde. **A legitimação extraordinária justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado.**⁴⁰

No mais, dentro do tema proposto, quando se busca a tutela difusa ou coletiva por meio da ação civil pública em face do serviço público, temos assuntos já sustentados e julgados pela jurisprudência, assegurando a legitimidade Ministerial para ação, como se percebe do julgado a seguir:

Ação civil pública proposta pelo Ministério Público objetivando compelir a Ré, fornecedora de serviço de energia elétrica, a não condicionar a ligação da luz no imóvel ao pagamento de débito de terceiro, sob pena de multa, bem como, a indenizar seus consumidores por danos material e moral. Sentença que julga procedente o pedido, arbitrando indenização por dano moral coletivo em R\$ 5.000,00. Apelação da Ré. Legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo de ação civil pública que envolve interesses individuais homogêneos. Inteligência dos artigos 81, parágrafo único, inciso III e 82, inciso I da Lei 8.078/90. Reiteradas ações judiciais individuais sobre a questão objeto desta controvérsia que comprovam a prática de atribuir indevidamente ao débito da tarifa de energia elétrica a natureza propter rem, o que não tem amparo legal,

³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. Cit. p 65

³⁹ Loc. Cit.

⁴⁰ BRASIL. STJ, Recurso Especial. **Resp 208068/SC**, Rel. Min. Nancy Andrighi, 08.04.2002. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294211/recurso-especial-resp-208068-sc-1999-0022989-4/inteiro-teor-100219651>> Acesso em 14 de setembro de 2017

nem nas resoluções da ANEEL. Prática abusiva que conduziu com acerto à imposição à Ré de se abster de qualquer ato que atribua ao consumidor responsabilidade por débitos anteriores, inclusive, condicionando o fornecimento do serviço à quitação desse débito. Multa cominatória arbitrada em valor compatível com o caráter coercitivo do instituto. Dever de indenizar corretamente reconhecido na sentença. Dano material que será apurado em liquidação de sentença, ocasião em que o consumidor deverá comprovar o fato gerador do direito reclamado. Dano moral coletivo corretamente reconhecido ante a intranquilidade gerada pela ofensa à proteção legal do direito do consumidor. Indenização arbitrada observando critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Desprovemento da apelação. (TJRJ, Oitava Câmara Cível, Apelação Cível nº 2008.001.35720, Relatora: DES. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA, julgamento: 07.10.2008, publicação: 16.10.2008).⁴¹

Logo, vislumbra-se, nas matérias adstritas aos julgados acima expostos, a incontestável atuação do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em face do serviço público, visto que, o *“Parquet tem legitimidade para defesa de interesse público, social, encontrando-se respaldado para pedir a adequação dos serviços de utilidade pública essenciais no ordenamento jurídico,”*⁴² bem como se vê do Informativo 408, exposto em epígrafe, no qual entendeu-se novamente pela legitimidade do *“Ministério Público para propor ação com o objetivo de garantir a continuidade do serviço público essencial de telefonia fixa, conforme disposto na art. 22 do CDC.”*

Ainda podemos mencionar o Informativo 336, REsp 470.675-SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16/10/2007, através do qual o Ministério Público, como legitimado, ajuizou ACP *“em face de concessionária de serviço público, para adequar o serviço de transporte de passageiros”*,⁴³ atentando-se, por mais uma vez, para a possibilidade do órgão ministerial ingressar com ação civil pública em face de concessionária de serviço público, dando-se a matéria e o objeto da ação como de competência do *Parquet*.

É importante lembrar que a ação civil pública ainda poderá ser proposta pelos demais legitimados especificados na legislação, sendo certo que, quando proposta por qualquer destas outras partes, ficará facultado ao Poder Público e as demais associações a habilitação como litisconsorte de qualquer das partes, como se vê do §2º do art. 5º da Lei 7.347/85, vez que há legitimação concorrente entre eles, incluindo o Ministério Público que, se não intervir como parte, deverá atuar como fiscal da lei (art. 5º, §1º, Lei 7.347/85),

⁴¹ JUNIOR, Hermes Zaneti e GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direitos Difusos e Coletivos. Coleção Leis Especiais para Concursos. 8ª Edição, Juspodivm, 2017, p 144/145

⁴² JUNIOR, Hermes Zaneti e GARCIA, Leonardo de Medeiros. Op. Cit. p 150

⁴³ BRASIL. Recurso Especial **REsp 605.755-PR**. Rel. Min. Herman Benjamin, 22/9/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5982532/recurso-especial-resp-605755-pr-2003-0168401-0-stj/relatorio-e-voto-12117918>> Acesso em 14 de setembro de 2017

somente sendo desnecessária sua atuação se, por ventura, este órgão atuar como litisconsorte do autor.

Neste sentido se vem aplicando a jurisprudência, veja-se:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE.LEGITIMIDADE DISJUNTIVA E CONCORRENTE.PRESTAÇÃO DE CONTAS. OMISSÃO. **1-Na tutela coletiva, a legitimidade de atuação é concorrente e disjuntiva, isto é, a propositura de ação por um dos legitimados não exclui o ingresso dos demais legitimados no feito.** 2-A ausência de qualquer providência por parte do agravante, sejam ofício, notificações ou ajuizamento de ação visando à exibição de documentos, só corroboram com a alegação de que houve omissão por parte do ex-gestor.Recurso conhecido e improvido.⁴⁴ *grifo nosso*

4.1.1 Hipótese de ilegitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em face do serviço público

O órgão ministerial somente terá representatividade adequada para propor ação civil pública se os direitos/interesses discutidos na ação estiverem relacionados à defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da CF/88, bem como de acordo com o art. 1º da LACP.

Neste sentido, em recente julgado referente à ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face de uma concessionária de serviço público, em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio Janeiro, visando impugnar a alíquota de 25% aplicada nas contas de energia elétrica, devendo ser aplicada a alíquota genérica de 18%, bem como a repetição do indébito, relativo ao excesso recolhido indevidamente, assim como o reconhecimento de dano moral que acaso tenha padecido o consumidor, entendeu-se pela ilegitimidade do Ministério Público em razão da matéria tratada na demanda versar sobre tributo:

Ação civil pública. Direito Tributário. Discussão relativa à alíquota de ICMS. Descabimento. Vedação legal. Jurisprudência. Nos termos do artigo 129 da Constituição da República é função do Ministério Público, dentre outras, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Assim, está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos, sendo certo, ademais, que o inciso IV do art. 1.º da Lei nº 7.347/85 o legitima também à propositura da ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo. A referida Lei nº 7.347/85 no parágrafo único do artigo 1º, entretanto, veda a propositura de ação civil pública para discussão que envolvam tributos cujos beneficiários possam ser individualmente determinados. Ao contrário do alegado pelo recorrente, a vedação legal é aplicável ao caso concreto no qual se pretende discutir irregularidade consistente na cobrança de alíquota de ICMS

⁴⁴ BRASIL. TJPI – Agravo de Instrumento. **AG: 200900010027719 PI**. Relator Des. José Ribamar Oliveira, 15/06/2010, Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15256678/agravo-de-instrumento-ag-200900010027719-pi>> Acesso em 14 de setembro de 2017

incidente sobre o serviço prestado em percentual além do permitido - percentual de 25% e não de 18% - em contrariedade ao decidido pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça que declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Estadual nº 2.657/96 (processo nº 2008.017.00021). Desta forma, tratando-se de pretensão envolvendo alíquota de cobrança de tributo, descabido o ajuizamento de ação civil pública para discussão da matéria. Manifestações reiteradas do Supremo Tribunal Federal afirmando ilegitimidade ativa do Ministério Público para, em ação civil pública, deduzir pretensão relativa à matéria tributária, não se podendo falar em inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Recurso ao qual se nega provimento. ⁴⁵

Desta feita, ao Ministério Público é vedado ajuizar ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos (impostos, taxas, etc.), nos termos do art. 1º, § único, da LACP. Portanto, o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública questionando a cobrança excessiva de um determinado tributo, ainda que envolva um expressivo número de contribuintes, bem como relacionada a um serviço público, estando tal entendimento alinhado com a legislação e com jurisprudência dos Tribunais Superiores.⁴⁶

Sendo assim, frisa-se que, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar cobrança de tributo, na mesma linha de raciocínio, tem se manifestado o Superior Tribunal Federal:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ICMS. SISTEMÁTICA DE CÁLCULO. FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. 1. Trata-se de agravo regimental interposto por AES SUL DISTRIBUIDORA GAÚCHA DE ENERGIA S/A contra decisão que conheceu de agravo de instrumento para dar provimento a recurso especial de autoria do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Defende a agravante que merece reforma a decisão agravada, pois a matéria relativa à possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade no âmbito de ações civis públicas não é objeto da presente lide, mas, tão-somente: a) a ilegitimidade do Ministério Público Estadual para a propositura de ação civil pública relativa à matéria tributária; b) a interpretação da decisão agravada fere o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85; c) o entendimento favorável à legitimidade do MP, na hipótese em tela, não constitui o atual posicionamento dominante do STJ sobre a matéria; d) no mesmo sentido é o entendimento do

⁴⁵ BRASIL. TJRJ Apelação Cível **APL nº 0062304-08.2015.8.19.0001**, Relator DES. Mario Assis Gonçalves. 12.04.2016. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351345495/apelacao-apl-3886199720158190001-rio-de-janeiro-capital-19-vara-civel/inteiro-teor-351345505>> Acesso em 14 de setembro de 2017

⁴⁶ BRASIL. STJ, **Embargos de Divergência no Recurso Especial EREsp 505303-SC**, 18/08/2008. No voto, o Relator destaca que a "ilegitimidade para a propositura da ação civil pública em matéria tributária não se limita ao Ministério Público, a ilegitimidade encampa qualquer outra pessoa que proponha ação civil pública em matéria tributária". Verifiquem-se, ainda, os STF: AI-AgRED 382298-RS (DJ 30-03-2007), RE-AgR 559985-DF (DJe- 31-01-2008), RE-AgR 248191-SP (DJ 25-10-2002) e RE 206781-MS (DJ 29-06-2001). Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/789724/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-505303>> Acesso em 14 de setembro de 2017

colendo STF. 2. A pretensão, ainda que não ostente tipicidade estritamente tributária, mas envolva "pretensão tributária" é suficiente para obstar o desiderato do Ministério Público em promover ação civil pública, nos moldes previstos no art. 1º da Lei 7.347/85. No presente caso, vislumbra-se que o objetivo é questionar, e reconhecer a ilegalidade, da sistemática de cálculo de ICMS e sua cobrança nas faturas de energia elétrica. 3. Merece ser mantido o acórdão de segundo grau que, baseado em precedentes do STF e do STJ, asseverou que "não tem o Ministério Público legitimidade ativa para promover ação civil pública em matéria tributária". 4. Precedentes: EREsp 522.827/MT, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 10/08/05; Resp 691.574/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/04/06; Resp 709.738/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 17/11/05; REsp 731.954/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21/11/2005; REsp 470.640/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 19.09.2005; Resp 147.200/MG, Rel. Min. Castro Meira, julg. 21/06/05; AgRgREsp 495.915/MG, Rel. Min. Denise Arruda, julg. 15/03/05; AgRgREsp 649.667/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 03/03/05; REsp 82461/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ 06.09.2004. 5. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO para reformar a decisão agravada, NEGANDO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.⁴⁷

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO INTERPOSTA EM FACE DE SENTENÇA PROFERIDA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE DISCUTE MATÉRIA TRIBUTÁRIA (DIREITO DOS CONTRIBUINTE À RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS À TÍTULO DE TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA SUPOSTAMENTE INCONSTITUCIONAL). ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DEDUZIR PRETENSÃO RELATIVA À MATÉRIA TRIBUTÁRIA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.⁴⁸

Dessa forma, é firme o entendimento no sentido da ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública com pretensão relativa à matéria tributária, tendo em vista que diz respeito à limitação imposta no art. 1º, parágrafo único, da LACP, bem como o contribuinte não se confunde com o consumidor, cuja defesa está autorizada em lei.

Conclusão

A legitimidade para agir do Ministério público em face do serviço público, advém, não apenas da natureza essencial do interesse protegido, mas igualmente, do lado subjetivo quantitativo que pressupõe a socialização de interesses tipicamente individuais.

⁴⁷ BRASIL. **AgRg no Agravo de Instrumento nº 732.975 – RS**, Relator (a): Min. José Delgado, 18.05.2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21309502/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-agrg-no-ag-1410608-rs-2011-0101992-7-stj/inteiro-teor-21309503>> Acesso em 14 de setembro de 2017

⁴⁸ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 694294 RG, Relator (a): Min. LUIZ FUX, 25/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=694294&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 14 de setembro de 2017

Da interpretação sistemática das disposições constantes na Constituição Federal e do Código do Consumidor, temos que é atribuída legitimidade ao Ministério Público para figurar no polo ativo na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que estes últimos transcendam a esfera de interesses individuais, possuindo valores coletivos/sociais, cabíveis de proteção pela Ação Civil Pública.

Por fim, insta salientar que, sob o prisma da acessibilidade, seria uma infeliz contradição impedir que o Ministério Público atuasse com destaque na defesa de interesses socialmente e acidentalmente coletivos, principalmente considerando ser este órgão instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, sendo, portanto, imprescindível sua atuação nas ações coletivas.

Referências

ANDRÉ LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1953, p. 35 e 551 e *Manuel de Droit Administratif*, 4ª ed., Paris, 1955, p.19

BRASIL. **AgRg no Agravo de Instrumento nº 732.975 – RS**, Relator (a): Min. José Delgado, 18.05.2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21309502/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-agrg-no-ag-1410608-rs-2011-0101992-7-stj/inteiro-teor-21309503>> Acesso em 14 de setembro de 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília/DF, de 05/10/1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de setembro de 2017

BRASIL. Lei nº 7343 de 24 de julho de 1985. Institui a Lei da Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm> Acesso em 14 de setembro de 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 14 de setembro de 2017

BRASIL. Recurso Especial **REsp 605.755-PR**. Rel. Min. Herman Benjamin, 22/9/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5982532/recurso-especial-resp-605755-pr-2003-0168401-0-stj/relatorio-e-voto-12117918>> Acesso em 14 de setembro de 2017

BRASIL. TJPI Agravo de Instrumento. **AG: 200900010027719 PI**. Relator Des. José Ribamar Oliveira, 15/06/2010, Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15256678/agravo-de-instrumento-ag-200900010027719-pi>> Acesso em 14 de setembro de 2017

BRASIL. TJRJ Apelação Cível **APL nº 0062304-08.2015.8.19.0001**, Relator DES. Mario Assis Gonçalves. 12.04.2016. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351345495/apelacao-apl-3886199720158190001-rio-de-janeiro-capital-19-vara-civel/inteiro-teor-351345505>> Acesso em 14 de setembro de 2017

BRASIL. STJ, **Embargos de Divergência no Recurso Especial EREsp 505303-SC**, 18/08/2008. No voto, o Relator destaca que a "ilegitimidade para a propositura da ação

civil pública em matéria tributária não se limita ao Ministério Público, a ilegitimidade encampa qualquer outra pessoa que proponha ação civil pública em matéria tributária". Verifiquem-se, ainda, os STF: AI-AgRED 382298-RS (DJ 30-03-2007), RE-AgR 559985-DF (DJe- 31-01-2008), RE-AgR 248191-SP (DJ 25-10-2002) e RE 206781-MS (DJ 29-06-2001). Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/789724/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-505303>> Acesso em 14 de setembro de 2017

BRASIL. STJ, Recurso Especial. **Resp 208068/SC**, Rel. Min. Nancy Andrighi, 08.04.2002. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294211/recurso-especial-resp-208068-sc-1999-0022989-4/inteiro-teor-100219651>> Acesso em 14 de setembro de 2017

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 694294 RG, Relator (a): Min. LUIZ FUX, 25/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=694294&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 14 de setembro de 2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, José dos Santos Carvalho, **Manual de direito administrativo**, 31ª edição, São Paulo: GEN e Atlas, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZILLI. Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. p. 113.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 42ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2016

PINHO, Humberto Dalla Bernadina, **Direito Processual Civil Contemporâneo**, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

AS COMPETÊNCIAS DAS AÇÕES COLETIVAS: ANÁLISE DOS DESDOBRAMENTOS DAS AÇÕES COLETIVAS E DO CASO DO ROMPIMENTO DE BARRAGENS NO MUNICÍPIO DE MARIANA

Alessandra Richardelli Macedo Cunha
Ana Carolina Da Silva Vilarinho
Gustavo De Mattos Castelo De Souza
Nathália Serrano Da Costa Moreira
Viviane De Oliveira Pessanha Kloper

Introdução

Nestes últimos anos, a tutela jurisdicional coletiva vem sendo muito comentada e discutida no meio jurídico, com acontecimentos que influenciaram para essa discussão. A tutela jurisdicional coletiva é a forma de solucionar os diversos conflitos de natureza metaindividual, frequentemente observados na “sociedade de massa”.

Certamente em razão da relevância em se solucionar, de forma uniforme e concentrada, controvérsias envolvendo violações coletivas de direitos, observa-se a existência de um verdadeiro sistema processual, pertinente à tutela transindividual, merecendo destaque a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

O presente estudo tem como finalidade observar e analisar a questão da competência, natureza jurídica, reunião de ações e alguns exemplos em casos concretos, em ações civis públicas e ações coletivas. Para melhor situar o tema, aspectos mais gerais sobre a tutela jurisdicional coletiva também serão previamente abordados.

1. Microssistema do Processo Coletivo

Era necessário haver uma mudança no processo civil brasileiro, na medida em que não mais se encaixava a adoção de somente um sistema individual de tutela jurídica, num contexto onde o capitalismo e a globalização se tornavam cada vez mais fortes e dominantes. O processo coletivo no Brasil começou de maneira embrionária com algumas leis dispersas na nossa ordem jurídica, desta forma, começava a ser possível a legitimidade extraordinária para defesa de interesses alheios em juízo.

Com a criação de um microsistema coletivo no processo civil brasileiro, há a figura da Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei 7.347/1985. Caracterizada como uma ação que visa proteger os direitos transindividuais, pode ser proposta por um rol de legitimados apresentado no art. 5º dessa lei, entre eles o Ministério Público e, recentemente declarada constitucional sua legitimidade pelo Supremo Tribunal Federal, a Defensoria Pública.

As ações coletivas *lato sensu* são assim denominadas, pois nesses institutos o impetrante da ação não atua em nome próprio tutelando um direito próprio, mas atuam em busca de uma tutela que beneficiaria toda a comunidade ou um determinado grupo de pessoas.

Dentre os objetivos das ações coletivas, podemos destacar o acesso à justiça, isonomia entre as partes litigantes, impedir decisões que conflitem entre si e economia processual.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que as ações coletivas são regidas pela Lei de Ação Civil Pública e pelo CDC (Lei 8.078/90). Vejamos:

“A ação coletiva para a tutela de direitos difusos e coletivos é basicamente regida pelo conjunto formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor. Em verdade, não se trata de uma única ação, mas sim de um conjunto aberto de ações, de que se pode lançar mão sempre que se apresentem adequadas para a tutela desses direitos. Nesse sentido, claramente estabelece o art. 83 do CDC que, para a defesa dos direitos difusos e coletivos, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Portanto, não se pode dizer, realmente, que exista *uma* ação coletiva. Existe, isto sim, uma categoria de ações, que recebem o rótulo de “ação coletiva”, mas que se mostram distintas entre si com as peculiaridades de cada direito carente de tutela.” (2008, p. 748)⁴⁹

O Código de Defesa do Consumidor estabelece quatro campos de proteção em sua defesa: defesa no âmbito civil, penal, administrativo e processual. O artigo 81 estabelece que a defesa pode ser promovida individualmente e, nesse caso, como regra, utiliza-se o CPC, como também pode haver ação coletiva e, nesse caso, aplica-se a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) cumulada com o CDC (Lei 8.078/90). A idéia do legislador é que, diante de uma lesão a um grande número de consumidores, essas demandas possam chegar em juízo através de uma ação coletiva, ou seja, uma única demanda para tratar de lesões a vários consumidores.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O CDC, no seu artigo 81, inciso I, parágrafo único, conceitua interesse difuso, que é entendido como direito metaindividual, ou seja, direito que extrapola a esfera do indivíduo. Os sujeitos dos direitos difusos são indetermináveis e estão ligados entre si por um fato. O inciso II apresenta o conceito legal do direito coletivo, que também é transindividual, mas pertence a um grupo, uma classe ou uma categoria. Essas pessoas estão ligadas entre si por uma relação jurídica base, e não por uma circunstância fática. Por fim, há os direitos individuais homogêneos, que são direitos que pertencem a cada um dos consumidores de forma isolada, mas, por apresentarem uma origem em comum, recebem um tratamento coletivo.

Com relação à competência, o artigo 2º da Lei de ACP traz um critério misto: trata de competência territorial e funcional. Esse artigo dispõe que: "As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa."

O artigo 93 do CDC estabelece a competência conforme a abrangência do dano e traz três espécies: 1) Dano local; 2) Dano regional; 3) Dano nacional. Diante de cada classificação, foi estipulada uma competência diferente:

1) Dano Local - aquele que se limita a uma única comarca ou seção judiciária (no caso de Justiça Federal);

2) Dano Regional - acontece quando o dano atinge mais de uma comarca ou mais de uma seção judiciária federal. Deve-se propor a ação na Comarca da Capital;

3) Dano Nacional - mesmo o dano tendo abrangência nacional, a sentença não terá efeitos em todo o país, ela não irá gerar efeitos erga omnes. A decisão só atingirá as comarcas envolvidas.

Portanto, é de extrema importância a Tutela Coletiva na proteção dos indivíduos e da sociedade como um todo.

2. Competência absoluta e relativa no novo Código de Processo Civil

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o rito da arguição de incompetência foi modificado, de modo que não cabe mais a exceção de incompetência em autos apartados, como era no parágrafo único do art. 305 do CPC/1973, *in verbis*: Art. 305. Parágrafo único. Na exceção de incompetência, a petição pode ser protocolizada no juízo do domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação.

No novo código, a alegação de incompetência absoluta ou relativa deve ser arguida como preliminar de mérito em sede de contestação, nos termos do art. 340:

Art. 340. Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro do domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

Este artigo ainda traz a única possibilidade do protocolo da contestação antes da audiência de mediação e conciliação. Esta regra foi estabelecida para evitar que a parte tenha que se deslocar para comarca incompetente e, tão somente após a audiência, poder, em sede de contestação, arguir a incompetência territorial da causa.

Neste caso, ainda, quando há protocolo de contestação suscitando a incompetência territorial, é causa de suspensão da realização de audiência de conciliação e mediação já designada, nos termos do §3º do art. 340 do novo CPC: § 3º Alegada a incompetência nos termos do caput, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se tiver sido designada.

Quanto à decisão que acolhe ou rejeita a preliminar de mérito versando sobre a competência, cumpre ressaltar que esta não é mais atacada por meio de agravo de instrumento, tendo em vista que o art. 1.015 do Novo CPC traz um rol taxativo de possibilidades de interposição e essa não é uma delas.

Portanto, a recorribilidade será feita por alegação em apelação ou contrarrazões de apelação, nos termos do art. 1.009, §1º do novo CPC.

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

No que tange aos atos praticados pelo juízo incompetente, estes não são nulos, mesmo que o tribunal de segundo grau reconheça a incompetência no julgamento da apelação, poderá, nos termos do art. 64, §4º do novo CPC, deixar de anular os atos praticados em primeiro grau pelo juízo incompetente.

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Nesta situação, Daniel Amorim Assumpção Neves⁵⁰ entende ser cabível mandado de segurança contra tal decisão.

3. Convívio entre as ações coletivas e individuais: conexão, contingência, litispendência e coisa julgada.

Nos processos coletivos, as normas que tratam dos institutos da conexão, contingência, litispendência e coisa julgada objetivam evitar a ocorrência de conflitos e dar ainda mais efetividade ao princípio da segurança jurídica. Nos processos individuais é mais fácil verificar a incidência desses institutos, visto que os objetos e contornos das ações são mais bem definidos do que nas ações coletivas. No mais, as leis que compõem o microsistema de processo coletivo, em geral, não detalharam essas questões, cabendo então a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015.

Enquanto na conexão e na contingência a igualdade dos elementos da ação é parcial, na litispendência e na coisa julgada a semelhança é total, ou seja, as partes, a causa de pedir e o pedido são idênticos⁵¹.

3.1. Conexão e Contingência

O artigo 55 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que a conexão se dá quando entre duas ou mais ações lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. Por sua vez, o artigo 56 do mesmo Código estipula que quando houver identidade quanto às partes e a causa de pedir entre duas ou mais ações, mas o pedido de uma por ser mais amplo abrange o das demais, estaríamos diante do instituto da contingência.

Havendo a conexão ou a contingência há também a modificação da competência de ofício ou a requerimento de uma das partes, com a reunião das ações para que sejam decididas ao mesmo tempo e evitem conflitos lógicos e práticos de julgados.⁵²

Marinoni defende que não há razão para negar a aplicação da conexão e de seus efeitos aos processos coletivos. Havendo conexão, é necessário reunir essas ações perante o juízo prevento, de acordo com o art. 58 do CPC/15, salvo se distintos forem os critérios

⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil - Comentado - Artigo Por Artigo*, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016, pág 730.

⁵¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 271.

⁵² Idem.

de competência absoluta para cada uma delas. Essa prevenção dar-se-á a partir do critério do registro ou da distribuição da petição inicial, para qualquer processo⁵³.

3.2. Litispendência

Já na litispendência – assim como no instituto da coisa julgada – a identidade é integral entre as demandas, em função da igualdade de todos os elementos. Verifica-se a reprodução de ação anteriormente ajuizada, ou seja, identidade de partes, causa de pedir e pedido. Para solucionar esse conflito, é necessária a extinção sem julgamento do mérito da ação ajuizada posteriormente.⁵⁴

Daniel Assumpção Neves assinala que a litispendência se dá desde a propositura da ação, mas os efeitos são gerados para as partes em momentos diferentes: para o autor, a partir da propositura, e para o réu, apenas a partir da citação⁵⁵.

3.3. Coisa Julgada

A coisa julgada acontece quando a demanda já foi decidida por sentença da qual não caiba mais recurso. Neste caso, a solução, no plano prático, também é a extinção sem julgamento do mérito da ação ajuizada posteriormente.

É importante levantar uma discussão constantemente apontada pela doutrina sobre os desdobramentos dos efeitos da coisa julgada na Ação Civil Pública. O artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública⁵⁶ estabelece que a coisa julgada somente operaria efeitos nos limites da competência territorial do juízo prolator da decisão. Assim, não haveria motivos para a reunião de processos coletivos que tramitassem em comarcas diferentes, uma vez que a decisão de determinado juiz só produziria efeito na sua comarca.

Dessa forma, a doutrina defende que o referido artigo não é aplicável, pois como a coisa julgada tem o condão de tornar a matéria indiscutível não há cabimento para determinar a sua atuação em apenas parte do território. Adriano Andrade, Cleber Masson e

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, volume 3 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero – 2ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pag. 477.

⁵⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pag. 271.

⁵⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo: volume único*. 3ª ed. rev. atual e ampl. – Salvador: JuusPodivm, 2016, pag. 466.

⁵⁶ Lei 7.347/2007, Art. 16: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Landolfo Andrade defendem que a sentença de mérito não altera a natureza dos direitos tutelados. Por isso, nas ações civis públicas, que resguardam tanto direitos difusos como direitos coletivos, os efeitos da sentença alcançarão os titulares de tais direitos, no caso de direitos difusos alcançará uma coletividade indeterminável e, no caso de direitos coletivos, uma coletividade determinável, ou seja, os efeitos da sentença alcançarão os titulares de tais direitos onde quer que residam. Assim, sendo a coisa julgada uma qualidade desses efeitos, não há limitação a um determinado território. Aceitar isso nos levaria a admitir “*uma estranha sentença, com duas qualidades: seria válida, eficaz, e imutável em determinado território, mas seria válida, eficaz e mutável fora desse território*”⁵⁷.

No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzilli aponta que não há como confundir competência do juiz com a imutabilidade dos efeitos da sentença, produzidos dentro ou fora da comarca em que a decisão foi proferida, haja visto que a imutabilidade deriva do trânsito em julgado e não da competência do órgão jurisdicional. Para ele, “*admitir solução diversa seria levar a milhares de sentenças, exatamente contra os mais elementares fundamentos e finalidades da defesa coletiva*”⁵⁸.

Marinoni ainda acrescenta que essa tentativa de restringir a coisa julgada aos limites territoriais de competência do órgão prolator é uma intenção absurda, ilógica e incompatível com o instituto da coisa julgada. O mencionado autor trouxe o seguinte exemplo para ilustrar essa discussão, vejamos:

Imagine-se ação coletiva proposta para impedir a construção de barragem em determinado rio (que divida dois Municípios ou dois Estados). Se a ação é proposta para atender à intenção do art. 16 da Lei 7.347/1985 em ambos os Estados (já que em ambos ocorrerá o dano ambiental), poder-se-ia imaginar a hipótese de um juiz (Estado “A”) julgar procedente o pedido e o outro (do Estado “B”) considera-lo improcedente? A barragem, então, poderia ser construída até o meio do rio? E se já estivesse pronta a barragem (e a ação regressiva), teria ela de ser destruída até metade do rio? Obviamente, ninguém em sã consciência defenderia essas conclusões. A questão ainda se agravaria mais, caso se imaginasse a hipótese recursal neste caso: chegando o processo até o STF ou ao STJ, órgãos de competência nacional, e considerando-se que a decisão dessas instâncias opera *efeito substituto* em face da decisão recorrida (ou seja, substitui a decisão recorrida,

⁵⁷ Andrade, Adriano. *Interesses difusos e coletivos esquematizado* / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*, vol. 2 / vários autores – São Paulo: Saraiva, 2016, pag. 91.

nos termos do art. 1.008 do CPC), aí então teria a decisão abrangência nacional? E se houvesse dois recursos, um em cada uma das ações coletivas intentadas, poderiam esses tribunais superiores conhecer por duas vezes da questão, decidindo (sem lesão à ideia de litispendência) por duas ocasiões a controvérsia?⁵⁹

Esse exemplo assemelha-se ao caso concreto que será analisado no presente artigo sobre o rompimento da barragem da mineradora Samarco no Município de Mariana, em Minas Gerais. O rompimento afetou o rio Gualaxo, que é afluente do rio Carmo, o qual deságua no Rio Doce, que abastece diversas cidades. Dessa forma, os rejeitos da mineração avançaram sobre o Rio Doce e desaguaram no litoral do Espírito Santo.

Portanto, apesar do dano ter ocorrido no Município de Mariana – dano local – os seus efeitos se espalharam por outros Municípios e até por outros Estados. Supondo que o Ministério Público de Minas Gerais ingressasse com uma ação civil pública neste Estado, e que posteriormente o Ministério Público do Espírito Santo também ingressasse com uma ação civil pública na Comarca do Espírito Santo, se considerar o texto literal do mencionado artigo 16, a coisa julgada da ação ajuizada em Minas Gerais somente operaria efeito nos limites da competência territorial desse juízo, ou seja, somente em Minas Gerais. Isso pode gerar decisões conflitantes e vai contra diversos princípios, como o princípio da economia processual e da segurança jurídica.

3.4. Concomitância de ações coletivas

Quando se trata de duas ações coletivas, determinar a correção não é tarefa fácil. Ricardo de Barros Leonel sustenta que, no caso de ações coletivas, não há absoluta identidade física ou institucional das partes, mas sim da condição jurídica das partes. Por isso, tem sido necessário dar elasticidade às avaliações realizadas na prática, uma vez que o critério dos três elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido – não se mostram, na prática, suficientes para todos os casos concretos⁶⁰.

Esse mesmo autor, assim como boa parte da doutrina, defende que é possível que haja concomitância entre demanda coletiva e ação popular, pois estas possuem área comum de tutela. Por exemplo, uma ação civil pública ajuizada em defesa do patrimônio

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, volume 3 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero – 2ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pag. 473.

⁶⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pag. 272.

público e da moralidade administrativa, pleiteando a nulidade de um contrato que cause prejuízo ao erário, pode ser reunida com uma ação popular que contenha as mesmas razões de fato e de direito, contendo o pedido de reparação dos danos. Neste caso, estamos diante da conexão, porque há comunhão da causa de pedir, mas os pedidos são diferentes⁶¹.

Também seria cabível a concomitância entre ação coletiva e ação popular se a causa e o pedido fossem iguais. Estaremos, então, diante da litispendência ou da coisa julgada, a depender do caso concreto no tocante à fase processual, ou seja, se já houver decisão transitada em julgada ou não⁶².

3.5. Concomitância de ações coletivas e individuais

Do mesmo modo, nada impede a propositura de ações coletivas sobre matérias que já estão sendo discutidas em ações individuais. Se houver interposição de uma ação individual e uma coletiva com o mesmo pedido ou causa de pedir, defende-se que a ação coletiva, ainda que para tutelar direitos individuais homogêneos, não deve interferir no julgamento da ação individual, salvo para beneficiar o autor, no caso de procedência da ação coletiva, e desde que haja pedido expresso de suspensão da ação individual.⁶³

Entre a ação coletiva e ação individual é fácil perceber a inexistência de litispendência em razão da diferença de partes entre as ações. O pedido da ação coletiva será sempre em favor de todos os titulares dos direitos individuais, ao passo que na ação individual o pedido só poderá ser feito em benefício do autor, considerando a inexistência de legitimidade para que pleiteie em juízo direitos de terceiros⁶⁴.

4. Ações coletivas e competência e extensões dos danos de âmbito local, regional e nacional

Nas ações na qual o objetivo seja a tutela de direitos metaindividuais, é interessante analisar, primeiramente, a competência funcional, mais especificamente hierárquica, para o julgamento.

⁶¹ Idem, pag. 274.

⁶² Idem, pag. 275.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, volume 3 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero – 2ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pag. 477.

⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo: volume único*. 3ª ed. rev. atual e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2016, pág. 256.

Essa análise das normas referentes ao sistema de tutela coletiva significa que não há norma específica a respeito da competência hierárquica, aplicando-se, desta forma, a regra geral, de que a competência originária para processá-las e julgá-las é do juízo de primeira instância, ou seja, das “Varas”.

Vejamos que a competência territorial nas ações coletivas será regulada pelos arts. 2º da Lei da Ação Civil Pública e 93 do Código de Defesa do Consumidor. Como o art. 2º da LACP menciona que a referida competência é “funcional”, deve-se entender que, especificamente quanto às ações coletivas, a competência territorial é absoluta¹, certamente em razão da relevância social dos direitos tutelados, tratando-se de norma específica, diversa da regra do art. 62 e 63 e parágrafos do Novo Código de Processo Civil.

De acordo com o inciso I do art. 93 do CDC, a regra é no sentido de que as ações coletivas serão propostas no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando local.

Quando o dano for de âmbito regional, extrapolando os limites do território de uma Vara e alcançando uma região, porém nos limites do mesmo ente da Federação, a competência será da Vara (ou de uma das Varas) da capital do Estado ou do Distrito Federal (se o dano ocorre na sua região), nos termos do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, “não sendo o dano de âmbito propriamente regional, mas estendendo-se por duas comarcas, tem-se entendido que a competência concorrente é de qualquer uma delas.

Vejamos o dano de âmbito nacional, extrapolando os limites territoriais de um Estado Federado ou do Distrito Federal. A primeira corrente de entendimento defende que, quando se tratar de dano nacional, a competência é de uma das Varas do Distrito Federal, conforme a própria redação do art. 93, inciso II, do Código do Consumidor⁶⁵.

Nessa linha estabelece a Orientação Jurisprudencial 130 da SBDI-II do Tribunal Superior do Trabalho: “Para a fixação da competência territorial em sede de ação civil pública, cumpre tomar em conta a extensão do dano causado ou a ser reparado, pautando-se pela incidência analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a extensão do dano a ser reparado limitar-se ao âmbito regional, a competência é de uma das

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 878: “Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal”.

Varas da Capital do Estado; se for de âmbito supra-regional ou nacional, o foro é o do Distrito Federal”.

O entendimento divergente, e que vem prevalecendo na jurisprudência cível, é no sentido de que, em caso de dano nacional, trata-se de competência concorrente das Varas situadas nas capitais dos Estados ou do Distrito Federal abrangidos, ficando prevento o juízo para quem primeiramente for distribuída a ação coletiva.

Cabe destacar que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, dispondo sobre o tema, passa a estabelecer em seu art. 20 sobre a “competência territorial”, que:

Art. 20. É absolutamente competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – de qualquer das comarcas ou subseções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

III – da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou subseções judiciárias;

IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

V – do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

§ 1º A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda.

§ 2º Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela.”

Resta analisar a questão dos limites territoriais da coisa julgada nas ações coletivas.

O art. 16 da Lei da Ação Civil Pública 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”.

Na realidade, esse dispositivo, em específico, trata da coisa julgada na ação civil pública, mas é aplicável somente para demandas em defesa de direitos difusos, eis que deve ser interpretado em conjunto com o CDC, nos termos do art. 21 da LACP.

A “coisa julgada erga omnes” é típica das ações coletivas relativas a direitos difusos e de direitos individuais homogêneos, conforme interpretação sistemática com o art. 103, incisos I e III, do CDC. No entanto, a exceção apresentada no mesmo art. 16, referente ao pedido ser “julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em

que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”, é restrita aos direitos difusos, nos termos do art. 103, inciso I, do CDC.

Além disso, a coisa julgada nos direitos individuais homogêneos é regulamentada, de forma específica, pelo próprio CDC, e não pela LACP (embora os dispositivos processuais daquele apliquem-se a esta), ratificando a exclusão de aplicação do seu art. 16 quanto a esta modalidade de direito⁶⁶.

Observados esses aspectos, verifica-se que o art. 16 da LACP, na sua atual redação determinada pela Lei nº 9.494/97, dispõe que a coisa julgada erga omnes incide “nos limites da competência territorial do órgão prolator”.

Assim, essa restrição, quanto à amplitude da coisa julgada, aplica-se unicamente às ações em defesa de direitos difusos, e, quando muito, àquelas em defesa de direitos coletivos em sentido estrito, nos termos já expostos.

O direito difuso e o direito coletivo stricto sensu, no entanto, são indivisíveis (art. 81, parágrafo único, incisos I e II, do CDC). Se os direitos difusos e coletivos tiverem abrangência em todo o território nacional, o juiz competente para a ação coletiva (arts. 2º da LACP e 93, inciso II, do CDC) certamente terá de proferir decisão referente a esses interesses indivisíveis, assim ocorrendo, o provimento jurisdicional produzirá efeitos em todo o território nacional. Por serem direitos indivisíveis, não há como a decisão judicial ser de conteúdo diverso, restrito a certa área territorial; isso não é possível, justamente, em razão da indivisibilidade do direito, pois a decisão em determinado sentido afeta o direito como um todo.

Ou seja, no que se refere à restrição feita pela Lei nº 9.494/97, a norma jurídica não tem qualquer eficácia, sendo verdadeiramente impossível, no plano lógico, fático e concreto, atender ao seu comando. A mera previsão normativa não tem o poder de alterar a natureza intrínseca de determinadas realidades, interesses e direitos, aspectos que escapam à incidência da norma jurídica.

Nem tudo é possível, portanto, ao legislador. A previsão legal comentada tenta tratar de aspectos que, na realidade, não se sujeitam à incidência normativa. Decisões

⁶⁶ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 920: “o art. 16 da LACP só diz respeito ao regime da coisa julgada com relação aos interesses difusos (e, quando muito, coletivos), pois a regra permissiva do non liquet, por insuficiência de provas, é limitada aos incisos I e II do art. 103, relativos exatamente aos interesses transindividuais supra-apontados. Na verdade, a regra do art. 16 da LACP só se coaduna perfeitamente com o inciso I do art. 103, que utiliza a expressão erga omnes, enquanto o inciso II se refere à coisa julgada ultra partes. Assim sendo, a nova disposição adapta-se exclusivamente, em tudo e por tudo, à hipótese de interesses difusos (art. 103, I), já indicando a necessidade de operação analógica para que também o art. 103, II (interesses coletivos), se entenda modificado. Mas aqui a analogia pode ser aplicada, uma vez que não há diferenças entre o regime da coisa julgada nos interesses difusos e coletivos.

dísparos em matéria de direitos difusos acarretam a impossibilidade prática de sua execução, diante da mencionada indivisibilidade.

Além disso, a coisa julgada apenas apresenta dois limites: o subjetivo e o objetivo. Pela própria natureza do instituto, a competência territorial do órgão julgador não é elemento a ser considerado na delimitação da res judicata. Carecedor de qualquer eficácia jurídica, este comando normativo deve ser, portanto, desconsiderado pelo aplicador do direito.

Segundo destaca a Professora Ada Pellegrini Grinover:

“O âmbito de abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido, e não pela competência. Esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo. Se o pedido é amplo (de âmbito nacional) não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ficar limitado. (...) em consequência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz.”⁽⁸⁾

Quanto à constitucionalidade, a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, viola preceitos constitucionais, além de impedir o acesso à justiça (9) e a obtenção da efetiva tutela jurisdicional (10), no âmbito da defesa de direitos coletivos (11), em desrespeito à garantia prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁽¹²⁾.

Como asseveram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“A norma, na redação dada pela L 9494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 caput. Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACP 21 e CDC 90. Para que tivesse eficácia, deveria ter havido alteração da LACP 16 e do CDC 103. De consequência, não há limitação territorial para a eficácia erga omnes da decisão proferida em ação coletiva, quer esteja fundada na LACP, quer no CDC. (...) Portanto, se o juiz proferiu a sentença na ação coletiva tout court, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos erga omnes ou ultra partes, conforme o caso (v. CDC 103), em todo o território nacional – e também no exterior –, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada à LACP 16 pela L 9494/97. É da essência da ação coletiva a eficácia prevista no CDC 103.”⁽¹³⁾

Cabe acrescentar que a defesa de direitos metaindividuais, por meio da ação civil pública, possui previsão constitucional (art. 129, inciso III, da CF/ 88). Daí ser inconstitucional a lei que acabe por impedir, ou mesmo dificultar, a devida prestação jurisdicional, que é aquela eficaz e adequada ao direito material a ser tutelado, no caso, por meio do processo coletivo (14).

Sobre o tema, cabe transcrever a seguinte ementa de julgado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. ABRANGÊNCIA NACIONAL. LEIS NS. 7.347/85 E 9.494/97. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VEDAÇÃO DE RETENÇÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS Nº 78/2001. A regra do art. 16 da Lei nº 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei nº 8.078/90, entendendo-se que os ‘limites da competência territorial do órgão prolator’, de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas, sim, aqueles previstos no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja: a) quando o dano for de âmbito local, isto é, restrito aos limites de uma comarca ou circunscrição judiciária, a sentença não produzirá efeitos além dos próprios limites territoriais da comarca ou circunscrição; b) quando o dano for de âmbito regional, assim considerado o que se estende por mais de um município, dentro do mesmo Estado ou não, ou for de âmbito nacional, estendendo-se por expressiva parcela do território brasileiro, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada. O art. 386 da Instrução Normativa nº 57, de 10.10.2001, dispõe que o INSS, em cumprimento à tutela antecipada decorrente de ACP movida pelo Ministério Público, ‘deverá deixar de proceder ao desconto do IRRF, no caso de pagamentos acumulados ou atrasados, por responsabilidade da Previdência Social, oriundos de concessão, reativação ou revisão de benefícios previdenciários e assistenciais, cujas rendas mensais originárias sejam inferiores ao limite de isenção do tributo...’ A IN INSS/DC 078, de 16.07.2002, mantém a vedação.” (Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.008635-0/RS, TRF da 4ª R., 5ª T., Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz)

5. O caso do rompimento da barragem de fundão em Mariana/MG – conflito de competência para ações coletivas

Em decorrência do rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG, foram ajuizadas duas ações civis públicas simultaneamente. A primeira delas foi movida pelo Ministério Público de Minas Gerais, distribuída para a 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valares/MG, e a outra ajuizada pela Defensoria Pública da União, distribuída para a 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Governador Valadares/MG.

Ocorre que nas duas demandas foram deferidas medidas liminares, e ao ser realizada uma audiência de conciliação na 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Governador Valadares, verificou-se a conexão existente entre as ações e que a tutela pretendida envolve a responsabilidade civil por danos ambientais ao Rio Doce, patrimônio da União, determinando o Juízo federal a remessa dos autos da Ação Civil Pública estadual.

O Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares manifestou-se de forma contrária à avocação do feito pelo Juízo da Justiça Federal. Sendo assim, diante da existência de decisões conflitantes entre o Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares e o Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Governador Valadares foi suscitado um conflito de competência.

Alegando que a competência para julgar as ações seria da justiça federal, argumentou que: (i) o Rio Doce é bem público pertencente à União; (ii) a própria União é parte na ação civil pública movida perante a Justiça Federal e de forma implícita admitiu seu interesse na lide e (iii) os recursos minerais são bens da União, e a ação em que são discutidos tais bens deve tramitar perante juiz federal.

O Ministério Público Federal emitiu parecer nos termos da seguinte ementa:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS (CAUTELAR E PRINCIPAIS) AFORADAS NO JUÍZO ESTADUAL E NA JUSTIÇA FEDERAL. DEMANDAS QUE TÊM O MESMO OBJETO E CAUSA DE PEDIR DANOS SOCIOAMBIENTAIS ENVOLVENDO BEM E INTERESSE DA UNIÃO. DECISÕES CONFLITANTES. PLEITO LIMINAR DE SOBRESTAMENTO QUE DEVE SER ACOLHIDO PARA EVITAR DETERMINAÇÕES JUDICIAIS ANTAGÔNICAS E INCOMPATÍVEIS. 1. Sendo coincidentes o objeto e a causa de pedir das ações aforadas na Justiça Estadual e na Justiça Federal, para evitar a disseminação de decisões antagônicas e incompatíveis entre si, e entendimentos opostos, deve-se deferir pleito liminar de sobrestamento das demandas promovidas no Juízo Estadual e reconhecer a competência do Juízo Federal. [...] 7. Parecer pela procedência do conflito, mas para que se declare a competência do Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte.

Cumprido destacar trecho bastante elucidativo do voto do eminente Ministro Benedito Gonçalves, quando do julgamento do Conflito de Competência nº 144.922/MG, *inter plures*:

“A questão da definição do foro competente para o julgamento das ações envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, noticiado como o maior desastre ecológico do Brasil, deve ser refletida à luz do microsistema do processo civil coletivo. A regra matriz, insculpida no art. 2º, caput, da Lei n. 7.347/1985 determina que “[a]s ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Compondo esse microsistema, o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, também aplicável às ações civis públicas, insere importante regra de fixação de competência com base no território:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no

do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente. *O inciso II é claro, ao estabelecer critérios de foros concorrentes, nas hipóteses em que estejam presentes danos de abrangência nacional ou regional, priorizando o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal. No caso em tela, tem-se que o dano atingiu diversos municípios mineiros, estando extrema de dúvida a extrapolação do âmbito local. Logo, a Justiça Federal de Belo Horizonte, na Capital do Estado, revela-se mais adequada para processar e julgar as demandas envolvendo o desastre ecológico em questão, levando em conta a questão da extensão do dano e da territorialidade.*” (grifou-se)

Nesse sentido, a relatora do conflito de competência referido, a ilustre Ministra Diva Malerbi, afirmou em seu voto que a justiça federal da capital do Estado mais atingido pela tragédia seria o foro competente para as ações, e como já existiam ações – pautadas sobre o mesmo acidente – sendo julgadas pela 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, MG, lá também deveriam ser julgadas essas demandas.

Logo, considerou-se que a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais efetivamente possuía melhores condições de dirimir as controvérsias decorrentes do acidente ambiental de Mariana, pois, além de ser a Capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já tinha sob sua análise processos outros, visando não só à reparação ambiental, mas também a distribuição de água à população dos Municípios atingidos, entre outras providências, o que lhe propiciará, diante de uma visão macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de melhor efetividade, que não corram o risco de serem neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos.

Conclusão

A competência para as ações coletivas, em especial quando a extensão do dano ultrapassa os limites territoriais de um Estado, é um assunto de extrema relevância atualmente e vem ganhando bastante repercussão no mundo jurídico.

Portanto, com a análise das bases principiológicas e históricas que formaram o sistema de tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro não se pode olvidar a significativa evolução para o processo civil como um todo. A tutela coletiva é um mecanismo que possibilita a garantia de proteção ampla aos direitos da coletividade.

Sem dúvidas, o caso do rompimento da barragem de Fundão em Mariana/MG, reflete muito bem essas questões. O Superior Tribunal de Justiça definiu, em uma das ações propostas baseadas na tragédia, que a Justiça Federal também será responsável por julgar todas as ações sobre crimes ambientais decorrentes do rompimento da barragem. A decisão também julgava um conflito de competência, apresentado pelo Ministério Público Federal (MPF). A ação foi proposta porque a Polícia Federal e o MPF conduziram investigações para apurar os crimes ambientais ao mesmo tempo em que a Polícia Civil de Minas Gerais instaurou inquérito policial, com envio dos autos para a Justiça Estadual.

Com efeito, diante do estudo apresentado, conclui-se que apesar de a competência territorial nas ações coletivas ser regulada pelos arts. 2º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e 93 do Código de Defesa do Consumidor, diversas divergências se colocam quando a extensão dos danos ultrapassa os limites do território onde ocorreu o evento danoso, e cada caso concreto deve ser analisado minuciosamente.

Referências:

ANDRADE, Adriano. *Interesses difusos e coletivos esquematizado* / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

Hartmann, Rodolfo Kronenberg. *Curso Completo do Novo Processo Civil*, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, volume 3 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero – 2ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *Manual de Direito do Consumidor - 7ª Ed. - RT*, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*, vol. 2 / vários autores – São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo: volume único*. 3ª ed. rev. atual e ampl. – Salvador: JuusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil - Comentado - Artigo Por Artigo*, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

AS TÉCNICAS DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA: ADEQUAÇÃO AO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Camila Braga

Felipe Gomes Manhães

Luiza de Carvalho Mello

Matheus Mascarenhas Guzella

Thamara Hallack

RESUMO

A coisa julgada é um instituto jurídico primordial para a consagração do modelo constitucional de processo. Isso porque, dentre outras importantes consequências, possui a função de atribuir segurança jurídica aos litigantes. Contudo, a controvérsia do tema reside nas técnicas de formação da *res judicata*, o que não se encontra pacificado na teoria e na jurisprudência quanto à sua aplicação da coisa julgada no âmbito do Mandado de Segurança Coletivo. Isso leva o presente estudo a analisar o tema, com a proposição inicial de identificar a melhor forma para a formação da coisa julgada no MS Coletivo.

Palavras-chave: coisa julgada, técnica de formação, Mandado de Segurança Coletivo, modelo constitucional de processo.

ABSTRACT

The judged thing is a fundamental legal for the consecration of the constitutional process model. It's because, among other important consequences, it has the function of giving legal security to litigants. However, the controversy of the theme it is the techniques of training *res judicata*, which is not pacified in theory and jurisprudence as to its application of the thing judged under the Collective Security Mandate. This leads the present study to analyze the theme, with the initial proposition to identify the best form for the formation of the thing judged in Collective SM.

Key-words: *res judicata*, training technique, Collective Security Mandate, constitutional process model.

Introdução

O presente trabalho visa explorar o tema da coisa julgada no Mandado de Segurança Coletivo, especialmente no que concerne às suas técnicas de formação. Para isso, busca-se no direito brasileiro, bem como no direito comparado, a manifestação da coisa julgada como instituto que deve conferir segurança jurídica ao processo civil.

Assim, para a análise em questão, estabelece-se um breve histórico da evolução da coisa julgada (item 1), a fim de contextualizar o tema, e demonstrar as técnicas que o ordenamento pátrio dispõe para a formação da coisa julgada (item 3), bem como a abordagem do instituto nos Estados Unidos e na Itália (item 4).

Em sequência, passa-se a aplicar a teoria ao esteio do Mandado de Segurança Coletivo (item 5), a fim de apresentar um posicionamento que mais se adeque ao modelo constitucional de processo e ao ordenamento jurídico hodierno, em sede conclusiva.

1. Breve histórico da coisa julgada

Como diria o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, “não se pode ler o texto sem observar o contexto”. Assim, deve-se antes contextualizar historicamente o instituto da coisa julgada, ainda que em poucas palavras, no intuito de ingressar no estudo proposto.

Do latim *bis de eadem re ne sit actio*, que significa “não haja ação duas vezes sobre a mesma coisa”, tem-se a ideia de coisa julgada.

A *res judicata* existe há mais de dois mil anos. Muito antes do Direito Romano, em uma fase na qual resquícios da barbárie ainda se mesclavam com o surgimento das primeiras regras sociais, já se tinha a ideia de que a vingança, por exemplo, era um instrumento de ressarcimento ou indenização ao ofendido, por assim dizer. A vingança privada, baseada na força, quando exercida, não mais podia ser repetida, como se coisa julgada fizesse. Neste sentido, Eduardo Couture afirma que seu nascimento se deu sob a ótica jusnaturalista, a fim de que o direito não fosse ilusório.⁶⁷ O resultado do processo não poderia ser discutido novamente, pois a coisa julgada representava perpetuação da questão decidida, proporcionando segurança jurídica às relações sociais levadas ao Judiciário da época.

⁶⁷ COUTURE, Eduardo *apud* DE SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes. A coisa julgada inconstitucional. Dissertação de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. pág. 39.

O Direito Romano evidenciou a praticidade da coisa julgada, considerando a decisão do juiz como a verdade real, mas apenas respeitando o *decisum* como substituto da verdade, concedendo ao “vencedor” o bem da vida. No entanto, a compreensão de coisa julgada no direito medieval, não mais se compreendia como uma exigência mecânica de certeza e segurança, mas como presunção de verdade daquilo que o juiz, como tal, declarava.⁶⁸

No entanto, muito tempo depois a consuetudinarietà ganhou forma legal. Tem-se como primeira referência positiva do instituto da coisa julgada, o Código Visigótico, já após a era romana, com repercussão no direito português. Traduzido do latim no século XIII, com o nome de *Fuero Juzgo*, previa a imutabilidade dos julgamentos, e estabelecia hipóteses excepcionais para o reexame das decisões:

“los pleytos que era ya acabados, ante que estas leyes fuesen emanadas, segund lãs leyes que eran fechas ante del primero anno, que nos regnassemos, nos mandamos que em ninguna manera sean de cabo demandados”⁶⁹

Nas Ordenações Manuelinas, mantiveram-se praticamente intactas as regras da preclusão consumativa dos poderes do juiz, após a prolação da sentença, nas quais, inclusive, acredita-se tenha surgido o recurso de embargos, que permitia a modificação da decisão definitiva pelo magistrado, em casos específicos.

Chiovenda estabeleceu a ponte entre a acepção de coisa julgada romana e o conceito atual do instituto:

“Para os romanos, como para nós, salvo as raras exceções em que uma norma expressa de lei dispõe diversamente, o bem julgado torna-se incontestável (*finem controversiarum accipit*): a parte a que se denegou o bem da vida, não pode mais reclamar; a parte a quem se reconheceu, não só tem o direito de consegui-lo praticamente, em face da outra, mas não pode sofrer, por parte desta, ulteriores contestações a esse direito e esse gozo.”⁷⁰

Mas foi na Constituição de 1824 que surgiu legislativamente a coisa julgada no Brasil. O texto constitucional anotava, dentro do “Título 8º - Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos, dos Cidadãos Brasileiros”, em seu artigo 179:

“Artigo 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) XII. Será mantida a

⁶⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 206.

⁶⁹ TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: RT, 2005, p. 229-230.

⁷⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. vol. I, Tradução de J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, p. 447.

independência do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustá-las, **ou fazer reviver os processos findos.**⁷¹ (destaque e grifo nossos)

2. Marco teórico

Como marco teórico pra este artigo, adotar-se-á o entendimento de Liebman sobre a natureza jurídica da coisa julgada.

O teórico italiano compreende a coisa julgada como uma qualidade especial da sentença, consistente na imutabilidade da mesma como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material). Para o teórico italiano, a sentença, se ditada em conformidade com a lei e o direito, tem aptidão para produzir seus efeitos, de modo que se reforça na medida em que não são mais cabíveis instrumentos recursais, tornando-a imutável.

Dessa forma, a coisa julgada não seria mais um dos vários efeitos da sentença, na verdade, representaria a qualidade dos efeitos da decisão. Sendo assim, ao distinguir eficácia da decisão de coisa julgada, Liebman concluiu que a autoridade desta não se identifica com aquela, mas indica o modo de manifestação dos efeitos do provimento jurisdicional.

3. As técnicas de formação da coisa julgada no Direito Brasileiro

De forma prática, a coisa julgada representa a estabilidade de um provimento jurisdicional irrecorrível, atribuindo-lhe segurança jurídica.

De acordo com o modelo constitucional de processo, a coisa julgada é uma garantia fundamental, uma vez que o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988 garante ao litigante o direito constitucional processual à ao instituto, fortemente correlacionado, como dito, à segurança jurídica.

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Além disso, na legislação infraconstitucional, a coisa julgada está disposta no CPC nos artigos 467 a 475, no CDC nos artigos 103 e 104, na Lei nº 4.717/65 no artigo 18, na Lei nº 7.347/85 em seu artigo 16 e na Lei nº 7.853/89, no artigo 4º.

⁷¹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de Março de 1824). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10/09/17.

No que se refere especificamente ao mandado de segurança coletivo, o *caput* do art. 22 da Lei nº 12.016/2009, dispõe os seguintes limites:

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Desse modo, o artigo traz os limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, pois dispõe que a coisa julgada vincula o grupo titular do direito coletivo objeto do mandado de segurança.

Ocorre que a Lei nº 12.016/2009, é omissa quanto às técnicas que devem ser aplicadas na técnica da coisa julgada.

Desse modo, para suprir a lacuna normativa da Lei nº 12.016/2009, segundo Fredie Didier, pode ser aplicada uma dentre soluções no caso concreto, sendo estas: a *pro et contra*, *secundum eventum litis e secundum eventum probationis*.

O *pro et contra* é o modo de produção de coisa julgada utilizado em processo de direitos individuais, lhe sendo aplicado a interpretação extensiva na tutela jurídica coletiva.

Para Fredie Didier essa solução é inaceitável, pois:

“a solução da lacuna deve ser buscada dentro do microsistema da tutela jurídica coletiva, e não fora dele, mormente se a opção revelar-se pior do que o modelo geral de coisa julgada previsto no CDC. Não parece constitucional atribuir ao mandado de segurança coletivo, que é um direito fundamental, um modelo de coisa julgada mais prejudicial às situações jurídicas coletivas do que aquele previsto na legislação comum para a tutela coletiva. Um direito fundamental merece interpretação de melhor quilate.”⁷²

A *secundum eventum probationis* é o método utilizado para a coisa julgada no mandado de segurança individual.

Contudo, para Didier, esta possibilidade não é de todo conveniente, já que no mandado de segurança não se admite dilação probatória, devendo somente ser impetrado se houver prova documental pré-constituída, bem como em hipótese que a sentença denegatória proferida seja baseada em prova produzida, não tendo, portanto, a possibilidade de renovar a demanda com este fundamento, havendo coisa julgada material.

A *secundum eventum litis*, consiste no entendimento adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art.103:

⁷² <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-70/>. Acesso em: 12 set 2017.

“Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, 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, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

[...]

Desse modo, o terceiro método para produção da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, consiste na aplicação do artigo 103, do CDC, sendo uma forma de adotar o estudo de outras normas de direito coletivo pelo microsistema, visando suprir a lacuna existente na Lei nº 12.016/09 sobre os efeitos da coisa julgada.

Os doutrinadores, como Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, entendem que este terceiro método é o mais adequado para tutelar os efeitos da coisa julgada no mandado segurança de direito coletivo.

Tais teóricos apontam que a intenção do legislador ao prever no Código de Defesa do Consumidor que a ação coletiva pode ser proposta com base em prova nova, foi a de que outros legitimados, consoante art. 82, podem surgir no processo.

E no caso de ações coletivas que tutelam direitos transindividuais, quando não há cognição suficiente, pode ocorrer na sentença a formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*, isto é, conforme o sucesso da prova.

Desse modo, este entendimento adotado mantém a coerência do sistema e evita o retrocesso em tema de mandado de segurança, que é um direito fundamental.

Contudo, é importante ressaltar que há posicionamentos doutrinários que embora entendam que o meio adequado é *secundum eventum litis*, estes entendem que seu modo de aplicação deve ser de uma outra forma.

Fredie Didier é adepto do entendimento supramencionado, pois o mesmo entende que incide a regra de extensão *secundum eventum litis*, pois quando se trata de ressarcimento ao erário incide o microssistema de forma plena, mas quando se trata de aplicação de sanções, não incide a regra *secundum eventum probationis*, aplicando-se a regra do *secundum eventum litis*.

Em contrapartida, existe posição doutrinária defendida por Susana Henriques da Costa, no sentido de que nas ações de improbidade administrativa não é legítima a adoção da técnica da coisa julgada *secundum eventum litis e secundum eventum probationis*, pois consoante esta doutrinadora, não se pode entender de outra forma, sob pena de ocorrer reiteradas proposituras de demandas.

Segundo Pedro Lenza, aplica-se concomitantemente o artigo 21 da Lei nº 7.347/85, e o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor, pois segundo o mesmo:

“Portanto, os dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor, no caso em análise as regras sobre os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, aplicam-se, no que couber, desde que não haja regramento específico incompatíveis, a todas e quaisquer ações coletivas para a proteção de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos”.⁷³

O mesmo ainda entende que as regras processuais estabelecidas no CPC são aplicáveis às ações coletivas desde que não conflitem com o espírito do microssistema processual coletivo formado pelo CDC, pela Lei de Ação Civil Pública e pelos dispositivos processuais coletivos específicos.

4. O Direito Comparado quanto à coisa julgada

O presente estudo, a fim de enriquecer o tema, verifica a necessidade de se observar como o Direito Comparado aborda a coisa julgada na estrutura das técnicas para sua formação.

⁷³ LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2008. p. 226.

Como um primeiro parâmetro de comparação, tem-se o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América. O fato de ser um sistema ligado à *common law* proporciona um maior contraste com o ordenamento pátrio.

Nos Estados Unidos o momento processual do trânsito em julgado se dá independentemente da pendência de recurso. E a solução americana privilegia as decisões de primeiro grau, mas não está isenta de problemas, como a produção de decisões contraditórias.

Em ambos os sistemas há decisões que não julgam o mérito e, ainda assim, produzem coisa julgada. No sistema norteamericano, contudo, o juiz tem liberdade para, por vezes, determinar que uma sentença terminativa, fique acobertada pelos efeitos da *res judicata*. Os limites objetivos da *claimpreclusion* são bem mais amplos do que os da coisa julgada material brasileira. No Direito Estadunidense, o autor é obrigado a pleitear de uma só vez todos os pedidos relativos ao mesmo fato ou conjunto de fatos, enquanto no Brasil, o autor pode ajuizar uma demanda para cada pedido, ainda que tenham a mesma causa de pedir próxima.

Quanto aos limites subjetivos, ambos os sistemas possuem como regra geral a formação da coisa julgada *inter partes*, ressalvadas as exceções. Ambos os sistemas preveem hipóteses em que indivíduos que não são partes de eventual lide, mas que com ela apresentem relação estreita, possam ser atingidas pela coisa julgada.

A importante diferença para este estudo está nos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas. Nos EUA, os membros ausentes do grupo ficam atingidos pela coisa julgada independentemente do resultado da demanda. É certo que há espaço para a flexibilização, mas, em geral, pode-se concluir que a coisa julgada segundo a legislação norte americana possui expansão maior do que no processamento brasileiro. No Brasil, ao contrário, a tendência, pelo menos de boa parte da doutrina e da jurisprudência, é minimizar ainda mais os efeitos e limites da coisa julgada, buscando-se expandir as hipóteses de exceção à sua aplicação.

Noutro norte, o processo civil italiano, que tem grande influência no brasileiro desde o Código de 1939, define a coisa julgada à maneira de nossos artigos 467 do CPC de 1973 e 502 do CPC de 2015, sob as características da coisa julgada formal. Entretanto, a essência da coisa julgada é ditada pelo conhecido Art. 2.909, do *Codice Civile*.

No sistema italiano os limites objetivos se resumem ao dispositivo da sentença, na hipótese de determinar o juízo a *principaliter* (Art. 1.351, *Codice Civile* de 1865) ou no

caso do Art. 34, do *Codice di Procedura Civile*, que acrescenta a questão prejudicial decidida *principaliter* por exigência de lei ou pela declaratória incidental, cabendo na primeira hipótese mesmo os simples fatos. Contudo, há autores, influenciados pelo *collateral estoppel*, proveniente da tradição da *common law*, que admitem a extensão da coisa julgada ao *giudicato sulle questioni*, ou seja, à prejudicialidade dos fundamentos, recusando-se a admitir apenas a prejudicialidade autônoma.

Atualmente, a doutrina processual italiana explora o posicionamento de Giovanni Pugliese, segundo a exclusão de decisão *incidenter tantum* não exige disposição legal ou demanda explícita, mas apenas eventual comportamento processual que possa evidenciar, no caso concreto, que a questão foi debatida e solucionada com seriedade e razoabilidade, alcançando toda a demanda proposta.

5. O comportamento da coisa julgada no Mandado de Segurança Coletivo

Com base na exposição anterior, é possível estabelecer uma análise da coisa julgada no âmbito do Mandado de Segurança Coletivo.

Levando em consideração os apontamentos acerca do Direito Comparado, apesar de ser uma tendência a extensão dos efeitos da coisa julgada, entende-se que a extensão excessiva pode ser prejudicial ao próprio modelo constitucional de processos e aos direitos fundamentais, especificamente no caso do MS Coletivo. Isso porque, esta ação não admite dilação probatória, de modo que a comprovação do pleito e dos fundamentos jurídicos se dá por prova exclusivamente documental, pré-constituída.

Assim, adotar a tendência norte americana de ampliação da coisa julgada, atribuindo maior poder decisório definitivo à primeira instância e vinculando a matéria a qualquer decisão proferida parece ferir a ampla defesa, o contraditório e o próprio acesso à justiça, já que mesmo a insuficiência probatória impede o reexame do fato. Entende-se que a sumariada do procedimento é necessária, de fato, pela eventual existência de direito líquido e certo, contudo tal caráter não pode reverter-se em desfavor do impetrante, já que o intuito do instrumento processual é, justamente, garantir seu direito.

De outro lado, não parece aplicável o posicionamento de Giovanni Pugliese ao procedimento coletivo em questão. A posição ora adotada se dá pelo fato de que esperar do poder judiciário a certeza inequívoca da solução jurídica adequada, sem qualquer garantia legal conferida à revisão de um procedimento sumário afronta um dos pilares

primordiais do Constitucionalismo Moderno, qual seja, a limitação do poder. Obviamente, não há que falar em revisões judiciais infinitas que comprometem a própria efetividade e a segurança jurídica, mas o caso do Mandado de Segurança Coletivo merece uma solução específica que leve em consideração a importância dos direitos coletivos, líquidos e certos, que oportunamente são objeto da demanda.

Não por exclusão das técnicas *pro et contra* e *secundum eventum probationis*, este trabalho verifica que a aplicação da lei consumerista ao Mandado de Segurança Coletivo figura como técnica mais adequada à formação da coisa julgada.

Compreende-se que julgar o MS Coletivo *secundum eventum litis* orienta adequado enquadramento às particularidades do caso. Em primeiro ponto, o fato de a insuficiência de provas não produzir coisa julgada material protege o direito líquido e certo, compreendendo, justamente, que a sumariedade do procedimento não pode prejudicar o impetrante e aqueles que se beneficiariam com a procedência do petitório, sob pena de ferir o acesso à justiça. No segundo ponto, evidencia-se a eficácia erga omnes da concessão da segurança está claramente adaptada ao caráter coletivo da ação, já que, em muitas vezes, os sujeitos a serem beneficiados nem mesmo integram a lide ou não poderiam, tendo em vista eventual impossibilidade de identificação.

Não há ofensa à segurança jurídica, já que a própria natureza do Mandado de Segurança possibilita a revisão da matéria em ação própria, a qual admite vasta dilação probatória e permite a elucidação ampla dos fatos. Além disso, a previsão legal da técnica *secundum eventum litis*, por si só, permite prever que a matéria pode ser revista, contudo, estando a segurança necessária e célere garantida aos interessados.

Conclusão

Portanto, conclui-se que a técnica de formação da coisa julgada *secundum eventum litis* tem o condão de proteger direitos fundamentais coletivos, se adequando à especificidade do Mandado de Segurança Coletivo, tanto quanto à sua estrutura probatória, quanto à matéria que a legislação hodierna lhe confere.

Assim, adequada se faz esta conclusão para os fins de proteção de direitos fundamentais dos mais diversos, de que são titulares uma coletividade de pessoas, mas, especialmente, para a proteção do acesso à justiça e do modelo constitucional de processo, bem como para a consagração da limitação do poder.

Referências

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2015.
- BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de Março de 1824). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10/09/17.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. vol. I, Tradução de J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva.
- COUTURE, Eduardo *apud* DE SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes. A coisa julgada inconstitucional. Dissertação de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.
- GIDI, Antonio. A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.
- _____. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.
- <https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/8781a701aa1a1b60b8b2a50f0238328e.pdf>. Acesso em: 12/09/17.
- http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/oXXWLVIVn5r2h8o_2013-12-4-17-29-35.pdf. Acesso em: 12/09/17.
- <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-70/>. Acesso em: 12/09/17.
- LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2008.
- TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: RT, 2005.
- ZAVASCKI, Liane Tabarelli. Influência do sistema das *class actions* norte-americanas na Ação Civil Pública e Ação Popular Brasileira: semelhanças e distinções para a tutela ambiental. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1004-influencia-do-sistema-das-classactions-norte-americanas-na-acao-civil-publica-e-acao-popular-brasileirasemelhancas-e-distincoes-para-a-tutela-ambiental>. Acesso em: 05/09/17.

A COMPETÊNCIA DAS AÇÕES COLETIVAS

Ana Carolina Boechat da Silva

Clarisse Paiva de Oliveira

Patrícia dos Santos Castro

Vitor Moura Vilarinho

RESUMO

O objetivo deste trabalho é de apontar alguns questionamentos acerca da competência das ações coletivas, no que tange o direito do consumidor, a ação civil pública e a improbidade administrativa. A improbidade administrativa apresenta-se num impasse no que tange a competência para processar e julgar os agentes políticos, dado que os mesmos possuem prerrogativa de foro, e por esta razão a doutrina e jurisprudência se mostram divergentes para tratar do assunto da improbidade administrativa.

Palavras-chave: Ação Coletiva. Improbidade. Consumidor. Civil. Pública.

ABSTRACT

The objective of this work is to point out some questions about the competence of collective actions, regarding consumer law, public civil action and administrative improbity. The administrative improbity presents itself in an impasse regarding the competence to prosecute and judge the political agents, since they have prerogative of forum, and for this reason the doctrine and jurisprudence diverge to deal with the subject of administrative improbity.

Key-words: Collective action. Improbity. Consumer. Civil. Public.

Introdução

A competência jurisdicional nas ações coletivas é tema bastante controvertido, em que pese, num primeiro momento, a questão possa parecer clara à luz da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que funcionam como norte para o desenvolvimento do tema, sem afastar a aplicação da Constituição Federal.

Antonio Gidi explica em sua obra⁷⁴ sobre a propositura das ações coletivas como “en verdad, la accion colectiva es la accion propuesta por un representante (legitimacion) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya

⁷⁴ GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. 2004, P. 15.

inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzara a un grupo de personas (cosa juzgada).”⁷⁵

Desse modo, fez-se necessário uma análise mais aprofundada da competência das ações coletivas no âmbito da Ação Civil Pública, bem como Direito do Consumidor até chegar as Ações de Improbidade Administrativa e suas particularidades, o que é exposto a seguir.

1. Da Ação Civil Pública

Uma das grandes fragilidades das ações coletivas é a competência que é conhecida como o calcanhar de Aquiles.

Destaca-se que a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor regulam a competência dessas ações.

O artigo 2º da Lei 7.347/95, a Lei da Ação Civil Pública estabelece que será competente o foro do local em que ocorrer o dano, tendo assim o juízo competência funcional para processar e julgar a causa, logo observa-se que se trata de competência territorial e que a mesma é ocasionadora de grandes controvérsias que são relatadas abaixo.

2.1 Competência no dano ou ilícito nacional

Salienta-se que a Lei da Ação Civil Pública apenas declara que a competência é a do local que ocorreu o dano, mas não demonstra qual será a competência se a extensão deste dano for nacional ou regional.

Assim, em função do microsistema da tutela coletiva será o Código de Defesa do Consumidor aplicado subsidiariamente a fim de suprir a falta de regulamentação pela Lei 7.347/95.

E o artigo 93, inciso II do CDC estabelece que será competente a justiça local do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, caso o dano seja de âmbito nacional ou regional.

⁷⁵ De fato, a ação coletiva é a ação proposta por um representante (legitimação) na defesa de um direito coletivamente considerado (objeto do processo) cuja imutabilidade na autoridade da sentença chega a um grupo de pessoas (coisa julgada).

Porém a interpretação deste dispositivo ocasionou algumas divergências e se questionou se os foros eram concorrentes ou se apenas o Distrito Federal possuía competência para julgar a causa.

Ada Pellegrini Grinover filiou-se a posição de que o Distrito Federal possuía competência exclusiva, pois o acesso à Justiça seria facilitado já que o réu para exercer seu direito de defesa não teria que se deslocar até a Capital de um Estado distante em razão da escolha feita pelo autor coletivo (GRINOVER *apud* DIDIER, p. 137, 2017).

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do conflito de competência nº 26.842-DF, declarou que se trata de competência concorrente e não exclusiva do Distrito Federal.

COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE CONSUMIDORES. INTERPRETAÇÃO DO ART. 93, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO DE ÂMBITO NACIONAL. Em se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal. Competência do Juízo de Direito da Vara Especializada na Defesa do Consumidor de Vitória/ES.

Ou seja, quando o dano for nacional a competência será concorrente, logo ou será da Capital de um Estado ou do Distrito Federal

Fredie Didier ressalta que: “Quando o dano for nacional, não é possível a fragmentação em diversas ações coletivas por danos locais. A existência de ações locais apenas se justificaria quando as consequências do fato danoso forem particulares aquela comunidade” (2017, p.138)

Uma das questões que persistem em razão da competência por dano nacional é se todas as capitais poderão julgar qualquer tipo de ação coletiva, neste caso será preciso observar o princípio da competência adequada e o caso concreto.

2.2 Competência no dano ou ilícito regional

Há ainda a competência das ações coletivas quando ocorre dano regional e a dúvida em saber qual juízo é competente para julgar a causa.

Sabe-se que o dano regional abrange as regiões do país (Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul), mas não há uma definição clara do que seria o dano regional e sua extensão.

Por outro lado, não pode ser acolhido o argumento da recorrente, de que o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor ensejaria a remessa do feito para a Capital Fluminense. Isto porque, conforme dispõe o artigo 2º da Lei nº 7347/85,

lei que rege a ação civil pública, “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Ora, os pedidos formulados na inicial (fls. 117/125), bem como a causa de pedir apresentada, referem-se a trechos da rodovia BR-101, localizados dentro do Município de Campos dos Goytacazes. Além do mais, conforme o princípio da competência adequada, quando o dano for de âmbito regional ou nacional, para fins de fixação de competência, deve ser levada em consideração a facilitação da produção da prova e da defesa do réu, a publicidade da ação coletiva e a facilitação da adequada notificação e conhecimento pelo grupo. Assim, deve a competência ser estabelecida com base no Juízo mais adequado. E nesta linha, pode-se afirmar que a competência territorial absoluta, ou funcional, justifica-se também pela proximidade do juiz em relação aos fatos, supondo a lei que ele possua melhores condições de compor adequadamente o conflito de interesses [...] Assim, o Juízo Federal da Capital do Rio de Janeiro, além de não possuir competência territorial consoante a divisão estrutural do Poder Judiciário, encontra-se afastado do local do dano, não tendo qualquer contato com a sociedade afetada ou com os fatos considerados lesivos aos direitos coletivos (TRF-2, AG 240840, Des. Federal Carmen Silva Lima de Arruda, 6ª Turma Especializada. E-DJF2R, 04.09.2014)

Destarte, apesar de toda a divergência, o princípio da adequação da competência ainda deve ser analisado, além de observar-se a proximidade do juízo ao local do dano, tendo em vista que facilita a solução do conflito, assim como a colheita de provas testemunhais, a realização de perícias e de inspeção judicial.

2.3 Competência no dano ou ilícito estadual

De acordo com Fredie Didier não há expressamente uma regra de competência para dano estadual, devendo ser aplicado de forma analógica a regra utilizada para o dano nacional, ou seja, a capital do Estado envolvido será competente.

3. A Competência Das Ações Coletivas E O Código De Defesa Do Consumidor

A defesa do consumidor é direito fundamental previsto no art. 5.º, XXXII, e princípio da ordem econômica consagrado no art. 170, V, da Constituição da República.

A tutela coletiva de direitos dos consumidores é instrumento de acesso e efetividade dos direitos dos consumidores e, portanto, deve ser interpretada de acordo com o direito fundamental previsto na Constituição.

O Artigo 81 do CDC dispõe que a defesa do consumidor em juízo poderá ser individual ou coletiva, sendo, no caso a tutela coletiva, quando se tratar de interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

No que tange à competência para propositura das ações coletivas, o Capítulo II do Livro III do CDC dispõe somente quanto aos interesses Individuais homogêneos, quedando-se omissos quanto aos direitos difusos e coletivos.

O Artigo 93 expressa que, via de regra, a competência para propositura das ações coletivas é o lugar do fato, ressalvada a competência da justiça federal, as quais são definidas no Artigo 109 da Constituição Federal.

Nesse sentido, traz-se à baila a decisão abaixo onde, havendo interesse da União e de Autarquia Federal, é competente a Justiça Federal:

Conflito de competência – Ações civis públicas – Juízo estadual e federal – Conexão – interesse do consumidor – Majoração de pedágio – Rodovia federal – Alteração de tráfego e implementação de obras – Concessão – Interesse da união e de autarquia federal (DNER) – Art. 109, I, CF – Competência da Justiça Federal – Precedentes. 1. Tratando-se de majoração de pedágio ocorrida em rodovia federal e autorizado pelo poder concedente, in casu, a União, por meio de autarquia federal (DNER), há de ser observado o disposto no art. 109, I, da Carta Magna, para a determinação da competência para processar e julgar as ações, mormente quando há manifestação expressa de interesse do ente Federal. 2. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Federal (STJ – CC 34199/RJ – rel. Min. Garcia Vieira – j. 26.06.2002).

Registre-se que o STJ cancelou a Súmula 183 "*Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo*" após decisão do Supremo Tribunal Federal, manifestando-se em sentido contrário (RE 228.955-9-RS, DJU 24.03.2000).⁷⁶

É importante aditar que o fato de haver pessoa jurídica de direito público como órgão fiscalizar de determinada atividade do mercado, por si só, não configura hipótese de litisconsórcio necessário e, em consequência, não atrai a competência da Justiça Federal. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Ilustrativamente, consigne-se o julgamento do REsp 431.606, cuja ementa guarda a seguinte redação:

1. Na relação de direito material, a empresa prestadora de serviço relaciona-se com a agência reguladora e uma outra relação trava-se entre a prestadora de serviço e os consumidores. 2. No conflito gerado na relação entre as prestadoras do serviço e os consumidores, não há nenhum interesse da agência reguladora, senão um interesse prático que não a qualifica como litisconsorte necessária. 3. Inexistindo litisconsórcio necessário, não há deslocamento da ação para a Justiça Federal." (STJ, REsp 431.606, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30.09.2002). Na mesma linha, cite-se o REsp 332.452: "É pacífica a jurisprudência desta eg. Corte no sentido de que a União, sucedida pela Aneel, é parte ilegítima para figurar no polo passivo das ações relativas às majorações de tarifas de energia elétrica, promovidas por empresas usuárias contra concessionárias de serviço público de energia elétrica. Compete à Justiça estadual processar e julgar as

⁷⁶ O referido cancelamento ocorreu em 08.11.2000, ao julgar os EDcl no CC 27.676-BA (DJU 24.11.2000).

ações promovidas contra as concessionárias de serviço público. Recurso especial conhecido e provido para declarar a ilegitimidade passiva da União e da Aneel e a competência de uma das varas da Justiça estadual da Comarca de São Paulo" (STJ, REsp 332.452, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 12.12.2005).

A regra do caput do Artigo 93 é de que a competência seja a do lugar do dano, o que no caso indica a competência da Justiça Estadual. Neste sentido, a tradicional regra de competência em matéria de responsabilidade civil, *forum delicti commissi*, para fixação do foro da ação (art. 53, IV, "a" do CPC/2015). A regra tem por finalidade aproximar do fato o juiz de onde ele aconteceu, em homenagem mesmo ao princípio do juiz natural, assim como ao direito de acesso do consumidor à justiça.

Pela Teoria do Diálogo das Fontes, traz à baila o Artigo 2º da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/85, para se concluir justamente pela abrangência da regra da competência a todos direitos coletivos (*lato sensu*) e, também, para se afirmar que, no caso, a competência territorial é funcional, absoluta, inderrogável e improrrogável pela vontade das partes.

A doutrina é predominante é no sentido de que a regra do Artigo 93 deve ser aplicada de forma extensiva aos direitos difusos e coletivos, tanto relativos às relações de consumo como a toda a gama de direitos cuja tutela é reportada ao instrumento das ações coletivas.

Assim, a proteção do CDC não os diferencia quanto ao nível de proteção, nem exclui qualquer um deles dos instrumentos de tutela coletiva que prevê o próprio Código. O que existe são procedimentos distintos para o reconhecimento dos direitos e a liquidação e execução da sentença do processo coletivo, todos abrangidos, entretanto, pelo CDC.

Em regra, dois fatores são fundamentais para a definição da competência na hipótese de demanda coletiva que objetiva proteger direitos coletivos do consumidor: 1) a natureza jurídica do fornecedor; 2) a extensão do dano (real e potencial).

No que concerne aos danos de âmbito regional e nacional, o CDC estabelece dois critérios: 1. Sendo dano de abrangência regional, o foro competente é o da Capital do Estado ou do Distrito Federal; 2. Sendo de abrangência nacional, surge a hipótese de competência concorrente, cuja solução deve-se tomar diretamente do CPC/15, em seus Artigos 55 e 56.

Essa distinção após a entrada em vigor do Código deixou a interpretação do dispositivo pouco vago. Apesar de previsto no código essa distinção tem se mostrado pela doutrina um pouco divergente. Por exemplo, Ada Pellegrini Grinover, entende:

(...) Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal. (...).⁷⁷

Já no entendimento de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., não basta a regra de competência ser só entre as comarcas da Capital dos Estados e do Distrito Federal, deve-se analisar o caso concreto acerca do local que seria mais adequado para propor a ação coletiva.⁷⁸

No entanto, esse entendimento mostra-se minoritário por Daniel Amorim Assumpção Neves e o mesmo ainda explica que há concorrência de foros ainda que o dano seja de âmbito nacional, sendo plenamente possível a propositura da demanda em qualquer das capitais.⁷⁹

Nesse sentido, as jurisprudências abaixo demonstram a Competência concorrente da Capital Estado ou do Distrito Federal nos casos de dano de âmbito nacional.

Processual civil – Ação civil pública – Defesa do consumidor – Âmbito nacional – Competência – Capital do estado ou Distrito Federal – Art. 2.º da Lei 7.347/85 c.c. art. 93, II, da Lei 8078/90. I – Ação civil pública que visa proteger os direitos do consumidor à saúde e à informação, obrigando a Anvisa a proibir a comercialização dos medicamentos hepatoprotetores, bem como determinar a realização de nova fiscalização para a adoção de medidas administrativas cabíveis em relação aos medicamentos que continuam a ser comercializados de forma irregular. II – Subsunção à hipótese legal prevista pelo art. 2.º, da Lei 7.347/85, combinado com o art. 93, inciso II, da Lei 8.078/90, sendo, portanto, competente o foro da Capital do Estado, ou do Distrito Federal. III – Precedente do E. STJ no sentido de que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. IV – Agravo de Instrumento provido (TRF 3.ª Região – Ag. Inst. 2006.03.00.037546-9, rel. Juíza Cecília Marcondes, j. 13.11.2006, DJU 13.12.2006).

Conflito de competência – Ação civil coletiva – Código do Consumidor, art. 93, II. A ação civil coletiva deve ser processada e julgada no foro da capital do

⁷⁷ Ada Pellegrini Grinover citado por Rizzatto Nunes. O problema da competência territorial e o da extensão e alcance da coisa julgada na ação coletiva. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI131850,71043-O+problema+da+competencia+territorial+e+o+da+extensao+e+alcance+da>> Acesso em 14 de agosto de 2017

⁷⁸ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. citado por TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel amorim assumpção. 6. Ed. ver., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método, 2017. P.766-767.

⁷⁹ TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. 6. Ed. ver., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método, 2017. P.766.

Estado ou no do Distrito Federal, se o dano tiver âmbito nacional ou regional; votos vencidos no sentido de que, sendo o dano de âmbito nacional, competente seria o foro do Distrito Federal. Conflito conhecido para declarar competente o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (STJ – CC 17532/DF – rel. Min. Ari Pargendler – j. 29.02.2000).

Pelo exposto, conclui-se que a Doutrina é pacífica quanto a extensão do Artigo 93 aos interesses difusos e coletivos, mesmo que o CDC mencione só os interesses ou direitos individuais homogêneos, bem como divergente a doutrina no que tange a competência nas ações coletivas de âmbito regional e nacional, havendo diversas interpretações do inciso II do Artigo 93, CDC e a jurisprudência, por sua vez, entendendo que não é exclusiva a competência do Distrito Federal, havendo a concorrência de competência com as Capitais dos Estados.

4 A Competência Das Ações Cíveis Públicas e as Ações Coletivas do Ponto de Vista Prático

A lei da Ação Civil Pública nº 7.347/1985 é lei anterior ao Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/1990), e traz em seu art. 1º inciso II que as matérias de consumidor são abrangidas pela Ação Civil Pública, o que causa uma controvérsia quanto à proteção do Consumidor frente do Código de Defesa do Consumidor.

A lei da Ação Civil Pública mostra expressamente no mesmo art. 1º inciso IV que há proteção aos direitos coletivos e difusos, porém deixa expresso que “a qualquer outro direito difuso⁸⁰ e coletivo⁸¹”, ou seja, dando a entender que os incisos anterior devem se tratar de direitos difusos e coletivos, o que envolveria o consumidor também do inciso I.

O Código de Defesa do Consumidor a partir do art. 91 ao 100 trata especificamente dos direitos individuais homogêneos⁸², apesar de tratar como norma geral também os ditos direitos difusos e coletivos no art. 81.

⁸⁰ O Direito Difuso é transindividual, e o titular é coletividade, representada por sujeitos indeterminados e indetermináveis. No direito difuso não as considera como indivíduos, mas como sujeitos quem compõem a coletividade. São bens indivisíveis, que não se podem atribuir à alguém. Não há relação jurídica preexistente. NEVES, Daniel Amorim Assumpção e TARTUCE, Flávio, 2017, P. 740-742.

⁸¹ O direito coletivo é transindividual, e firma-se numa comunidade, determinada por um grupo, classe ou categoria de pessoas, e não sujeitos individuais. Existe uma relação jurídica base, preexistente à lesão ou ameaça de lesão. NEVES, Daniel Amorim Assumpção e TARTUCE, Flávio, 2017, P. 742- 744.

⁸² Direitos individuais homogêneos decorrem de uma origem em comum de fato ou de direito e homogeneidade de pedido, o qual o legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral para aproveitar muitas pessoas. Cada qual consumidor terá direito individual de reparação, que serão somados e resultar num direito individual homogêneo. NEVES, Daniel Amorim Assumpção e TARTUCE, Flávio, 2017, P. 745-753.

A partir do ponto das normas da LINDB, há dois princípios que regem as leis brasileiras, é que a lei especial revoga a lei geral e a lei posterior revoga a lei anterior, é possível fazer algumas considerações quanto aos direitos difusos e coletivos e os individuais homogêneos, já que há algumas divergências nesses assuntos, importantes a serem analisados para depois partir para a ideia da competência.

O CDC como sendo específico para a tutela dos direitos dos consumidores, poderia revogar o próprio art. 1º inciso II da Ação Civil Pública, pois o mesmo trata de forma geral dos consumidores. Portanto o CDC arcaria com a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos nas relações jurídicas de consumo.

No entanto, também é possível entender por esses artigos que as Ações Cíveis Públicas até podem tratar dos direitos dos consumidores porém só quando a matéria de consumidor se pautar em direito coletivo ou difuso como trata no art. 1º inciso IV da lei. E as matérias concernentes aos interesses individuais homogêneos do direito do consumidor ficariam a cargo das ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor.

Os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são matérias definidoras para a escolha da ação e sua competência. No entanto, o que se tem visto na prática e na aplicação nos Tribunais não está sendo feita essa distinção, pelo contrário, a Ação Civil Pública na prática usa-se com muito mais frequência do que a Ação Coletiva do CDC, e quanto a competência ambas se complementam, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno⁸³,

Mesmo que, (...) o procedimento descrito na Lei n. 7.347/1985 volte-se à tutela jurisdicional de direitos e interesses difusos e coletivos, enquanto os arts. 91 a 100 da Lei n. 8.078/1990, complementando a tipologia criada por ela própria em seu art. 81 (...), ocupam-se do procedimento do processo cuja finalidade é a tutela jurisdicional de direitos e interesses individuais homogêneos (...), esta correlação entre aqueles dois diplomas legislativos é irrecusável para uma adequada interpretação e aplicação daqueles veículos processuais que se complementam na busca de uma tutela jurisdicional coletiva adequada às mais variadas situações de direito material.

É certo que a competência de ambas as ações será o local do dano, e além, nas Ações Cíveis Públicas ainda é aplicado o art. 93 do CDC/90 conjuntamente conforme o âmbito local, regional ou nacional, então para a definição da competência para as Ações Coletivas do CDC aplica-se o art. 93 do CDC/90 e para as Ações Cíveis Públicas também o

⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público, direito processual coletivo, vol. 2, tomo III. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. *Ebook*. Disponível em < <https://www.e-livros.xyz/ver/curso-sistematizado-de-direito-processual-civil-direito-processual-coletivo-e-direito-processual-pblico-vol-02-cassio-scarpinella> > Acesso em 17 de agosto de 2017.

art. 93 do CDC/90 c/c art. 2º da Lei de Ação Civil Pública, que deixa vago, só com a competência no local do dano. A seguir algumas jurisprudências neste sentido,

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. POUPANÇA. DANO NACIONAL. FORO COMPETENTE. ART. 93, INCISO II, DO CDC. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. CAPITAL DOS ESTADOS OU DISTRITO FEDERAL. ESCOLHA DO AUTOR. 1. Tratando-se de dano de âmbito nacional, que atinja consumidores de mais de uma região, a ação civil pública será de competência de uma das varas do Distrito Federal ou da Capital de um dos Estados, a escolha do autor. 2. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 7ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR (CC n. 112.235/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe de 16/2/2011.)

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO CONSUMIDOR EM ESCALA NACIONAL. FORO COMPETENTE. EXEGESE DO ART. 93, INCISO II, DO CDC. 1. O alegado dano ao consumidor que compra veículo automotor, com cláusula de garantia supostamente abusiva, é de âmbito nacional, porquanto a garantia de que se cogita é a fornecida pela fábrica, não por concessionária específica, atingindo um número indeterminado de consumidores em todos os Estados da Federação. 2. No caso, inexistente competência exclusiva do Distrito Federal para julgamento de ações civis públicas cuja controvérsia grave em torno de dano ao consumidor em escala nacional, podendo a demanda também ser proposta na capital dos Estados da Federação, cabendo ao autor a escolha do foro que lhe melhor convier. 3. Cumpre notar que, muito embora o inciso II do art. 93 do CDC tenha criado uma vedação específica, de natureza absoluta - não podendo o autor da ação civil pública ajuizá-la em uma comarca do interior, por exemplo -, a verdade é que, entre os foros absolutamente competentes, como entre o foro da capital do Estado e do Distrito Federal, há concorrência de competência, cuidando-se, portanto, de competência relativa. 4. Com efeito, tendo sido a ação distribuída a uma vara cível do Distrito Federal, obtendo inclusive sentença de mérito, não poderia o Tribunal a quo, de ofício, por ocasião do julgamento da apelação, declinar da competência para a comarca de Vitória/ES, porque, a um só tempo, o autor, a quem cabia a escolha do foro, conformou-se com a tramitação do processo no Distrito Federal, e porque entre Vitória/ES e o Distrito Federal há competência concorrente para o julgamento da ação, nos termos do art. 93, II, do CDC, não podendo haver tal providência sem a manifestação de exceção de incompetência. 5. Recurso especial provido."(REsp n. 712.006/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 24/8/2010.)

5 Competência Na Ação De Improbidade Administrativa

5.1 Aplicação da regra geral do CPC x Aplicação da Lei de Ação Civil Pública

Um dos pontos controvertidos a respeito da ação de improbidade administrativa diz respeito à competência para o seu processamento e julgamento, pois a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) não fez qualquer previsão nesse sentido.

Diante da lacuna da lei e dada a natureza civil da ação de improbidade, há quem sustente a aplicação da regra geral de competência, prevista nos arts. 46 a 53 do Código de Processo Civil, segundo a qual compete ao foro do domicílio do réu a solução de tais demandas⁸⁴. Esses doutrinadores defendem, portanto, a aplicação do Código de Processo Civil, como norma geral que regulamenta o processo judicial no país, para os casos em que não há regramento específico, como ocorre com a ação de improbidade administrativa.

Por outro lado, outros doutrinadores sustentam que, em razão da Lei de Improbidade integrar o microssistema de ações coletivas, deve ser aplicado o art. 2º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), que prevê a competência do foro do local do dano para a solução de tais demandas. Segundo essa corrente, a aplicação da LACP se justificaria pela necessidade de se analisar a competência nas ações de cunho coletivo sob uma ótica peculiar, quando comparada às ações civis tradicionais, previstas no CPC⁸⁵.

Tais doutrinadores defendem a aplicação do princípio do microssistema, segundo o qual se deve buscar a aplicação integrada das leis para a tutela coletiva, eis que os processos coletivos regem-se por normas próprias, com fundamentos e preceitos peculiares, cuja finalidade é atender às necessidades e especificidades da tutela coletiva.

Desse modo, de acordo com a lição de Didier e Zaneti, antes mesmo de se voltar os olhos para a norma específica que regula determinado ato ou conduta inserida na tutela coletiva, deve-se analisar todo o microssistema de modo global, a integrar a totalidade das normas para absorver dessa análise, a melhor solução para a situação.

Di Pietro⁸⁶ destaca outro fundamento para a aplicação da Lei nº 7.347/85, no que não contrariar as disposições específicas da lei de improbidade:

“Essa conclusão encontra fundamento no artigo 129, III, da Constituição Federal, que ampliou os objetivos da ação civil pública, em relação à redação original da Lei 7.347, que somente previa em caso de dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O dispositivo constitucional fala em ação civil pública ‘para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’. Em consequência, o artigo 1º da Lei nº 7.347/85 foi

⁸⁴ SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 1 de agosto de 2013, com a Lei complementar nº 135 de junho de 2010: Ficha Limpa. 2ª edição revista, atualizada e ampliada, J.H. Mizuno:2014.

⁸⁵ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: processo coletivo/Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. 11ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo, 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo, 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

acrescido de um inciso, para abranger as ações de responsabilidade por danos causados 'a qualquer outro interesse difuso ou coletivo'".

O Superior Tribunal de Justiça adota esse entendimento, como se observa nos seguintes julgados:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DO ART. 2º, DA LEI N. 7.347/85. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DANO COM ABRANGÊNCIA NACIONAL. IRREGULARIDADES ADVINDAS DE APURAÇÃO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PRECISAMENTE DELINEADAS NA EXORDIAL. PROXIMIDADE DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA.

I - Tratando-se de incidente instaurado entre juízos vinculados a tribunais diversos, conheço do presente conflito de competência, nos termos do art. 105, I, d, da Constituição da República.

II - Por força do princípio da integração, as normas processuais coletivas são aplicáveis às ações civis públicas por improbidade administrativa. Interpretação conjunta dos arts. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85 e 93, da Lei n. 8.078/90.

III - Não configuração de dano com abrangência nacional, a justificar a opção do autor pelo ajuizamento da ação em uma das capitais do Estado ou do Distrito Federal. (...)

VII - Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Suscitado.

(STJ, CC 143.698/PR, Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, Julgado em 26.4.2017, DJe 3.5.2017; grifou-se).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS FEDERAIS VINCULADOS A TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS DISTINTOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA SOB A IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CUMULADA COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DE ATOS E CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE DANO EM MAIS DE UM LUGAR E ATINGINDO ENTIDADES INTEGRADAS EM NÍVEIS DISTINTOS DE GOVERNO. RECONHECIMENTO DA PREVENÇÃO DO JUÍZO DE ARAÇATUBA/SP EM FACE DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, BASEADA EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO INSTAURADO NAQUELA CIDADE. A COLHEITA DE PROVAS NA AÇÃO CÍVEL SERÁ MELHOR PRODUZIDA NO FORO DE DOMICÍLIOS DOS RÉUS. FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO FORO ONDE A MAIORIA DAS CONDUTAS FOI PRATICADA E ONDE OCORRE O DANO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES, PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DO FORO FEDERAL DE ARAÇATUBA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA AÇÃO.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento de propositura de Ação Civil Pública para apuração de improbidade administrativa, aplicando-se, para apuração da competência territorial, a regra prevista no art. 2º, da Lei 7.347/85, que dispõe que a ação deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano (AgRg no AgRg no REsp. 1.334.872/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 14.08.2013).

2. Trata-se de uma regra de competência territorial funcional, estabelecida pelo legislador, a par da excepcionalidade do direito tutelado, no intuito de facilitar o exercício da função jurisdicional, dado que é mais eficaz a avaliação das provas no Juízo em que se deram os fatos. Dest'arte, tem-se que a competência do local do dano é funcional e, portanto, de natureza absoluta.

3. Em situações tais, entende-se que a solução do caso, para a verificação do efetivo local do dano, reside na perscrutação declinada no pedido e da causa de pedir posta na Ação Civil Pública; no presente caso, de acordo com a moldura fática decantada na exordial, o *Parquet*, fixa como local da fraude o Município de Araçatuba, ao argumento de que os Agentes Públicos Municipais permitiram o arrendamento de área pública que não era destinada a uma indústria naval, facilitando a ilicitude do processo licitatório, além disso, dos 8 atos ilegais descritos 5 foram realizados em Araçatuba.

4. Soma-se a tal constatação, o fato de que dos 32 réus apontados na ACP, 11 tem domicílio em Araçatuba e outros 6 residem no Estado de São Paulo.

5. Deve-se levar em conta, ainda, que a Ação de Improbidade Administrativa se baseou em Inquérito Civil Público instaurado na cidade de Araçatuba/SP, o que tornaria prevento o Juízo Federal daquele Município.

6. Como bem assinalou o eminente Ministro CASTRO MEIRA, a ratio legis da utilização do local do dano como critério definidor da competência nas ações coletivas é proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é muito mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram (CC 97.351/SP, DJe 10.6.2009), fixando orientação da qual não se tem motivos para dissentir.

7. Ante o exposto, acolho os Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, para declarar competente para processar e julgar a demanda a que ele se refere o digno JUÍZO FEDERAL DA 1a. VARA DE ARAÇATUBA-SJ/SP, nos limites de sua competência funcional.

(STJ, EDcl no CC 138.068/RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, Julgado em 22.2.2017, DJe 73.2017; grifou-se).

Assim, diante da premissa maior do microsistema de ações coletivas, que consiste no interesse público da coletividade em ver satisfeita, de modo eficaz, a tutela submetida à apreciação do Poder Judiciário, sustentamos a aplicação da regra da LACP para determinar a competência para o processamento e julgamento das ações de improbidade administrativa.

5.2 Foro competente para o julgamento dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa

Outro debate que se apresenta diz respeito ao foro competente para processamento e julgamento dos agentes políticos, por atos de improbidade administrativa.

Inicialmente, é necessário esclarecer que os agentes políticos se submetem à Lei de Improbidade Administrativa, sem que se configure *bis in idem* a aplicação de sanção por atos de improbidade e pelos crimes de responsabilidade. A hipótese aqui é de uma mesma conduta que sofre incidência de múltiplas normas: o processamento e julgamento de acordo com a Lei nº 8.429/92, sendo possível a aplicação de sanção na esfera cível, administrativa e política, além da propositura de ação civil de responsabilidade para a indenização do dano. Tais esferas devem ter o cuidado de considerar umas às outras a fim de evitar o triplo pagamento de indenização em decorrência do dano.

Em que pese haver doutrinadores que defendam a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos⁸⁷, a maior parte da doutrina sustenta que os agentes políticos se submetem à LIA, sendo cabível a responsabilização através do controle político-criminal, pela Lei nº 1.079/50 e pelo Decreto-Lei nº 201/67, bem como o controle judicial da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido, a lição de Sérgio Shimura⁸⁸:

“(...) o § 4º do art. 37 da CF deve ser harmonizado com o art. 85, V, da CF, de modo a evidenciar dois campos de incidência normativa, assim como existe, por exemplo, no fato tipificado como ilícito civil e, ao mesmo tempo, penal. Em outro dizer, a sanção política não substitui nem prejudica a sanção jurisdicional. Uma coisa nada tem a ver com a outra. Primeiro, porque a própria Constituição Federal diz que a sanção por improbidade administrativa incide ‘sem prejuízo da ação penal cabível’ (§ 4º do art. 37); e crime de responsabilidade, pelo próprio nome, diz respeito à ação penal. Segundo, porque, no mais das vezes, quem detém verdadeiramente o poder de ditar as ordens e, pois, de deflagrar o ato danoso ao erário é o agente político. Nesse contexto, seria incoerente e totalmente contrário ao princípio da isonomia punir o mero executor da ordem de modo mais gravoso (com a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos e multa civil) e de maneira mais suave o verdadeiro mentor ou responsável, com a simples ‘perda do cargo’. Parece que estaria havendo uma inversão de valores! Como se extrai do pensamento de Wallace Paiva, a aplicação das penalidades da Lei 8.429/1992 não é consumida pela aplicação das sanções político-administrativas, em razão da diversidade da natureza jurídica de cada uma delas e da própria extensão (prazos diferentes), sem que a extinção do mandato (renúncia, término etc.) impeça a possibilidade da aplicação das sanções da Lei 8.429/1992, nem a rejeição do processo político-administrativo. O que há são instâncias diferentes e autônomas para diversas qualificações jurídicas de um mesmo fato. Embora o efeito prático de algumas sanções seja equivalente, não há reserva ou exclusividade de ‘jurisdição’ ao Poder Legislativo para repressão da improbidade administrativa” (grifou-se).

Nessa mesma linha é a lição de Ageu Florêncio da Cunha⁸⁹:

Embora se pretenda punir o mesmo fato, trata-se de punições em esferas distintas do direito. A condenação do réu ímprobo no processo penal, por exemplo, não lhe assegura o direito de não responder, pelo mesmo fato, nas esferas civil e administrativa. O posicionamento diverso, entretanto, acarreta a

⁸⁷ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Agentes políticos não estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa. In: BOLZAN, Fabrício; MARINELA, Fernanda (coords.). Leituras complementares de Direito Administrativo: advocacia pública. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 15-54.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ação para apuração de ato de improbidade administrativa e o seu cabimento frente aos agentes políticos. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coords.). Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013. p. 130-136.

⁸⁸ SHIMURA, Sérgio. Os efeitos da sentença na ação civil de responsabilidade por improbidade administrativa. In: MILARÉ, Édís (coord.). A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 772-775.

⁸⁹ CUNHA, Ageu Florêncio da. A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. In: DOBROWLSKI, Samantha Chantal (coord.). Questões Práticas sobre improbidade administrativa. Brasília: ESMPU, 2011, p. 128.

institucionalização da impunibilidade de agentes políticos ímprobos, ao menos na esfera civil, representando gigantesco retrocesso em matéria de fiscalização das contas públicas e de zelo aos princípios da moralidade, da probidade e da legalidade. [...] a ‘imunidade’ aos efeitos da Lei nº 8.429/1992, [...] deferida aos agentes políticos, além de produzir nefastos efeitos políticos, incorre em flagrante ferimento à Constituição Federal de 1988, que garante a proteção aos princípios da moralidade, da legalidade e da probidade. Ademais, trata-se de decisão que vem solapar o princípio da isonomia simétrica, já que inexistente fundamento constitucional, *data venia*, para concessão da dita ‘imunidade’, tratando-se de forma diferenciada os servidores públicos que continuam a responder por atos de improbidade às previsões da Lei nº 8.429/1992 e limitando-se indevidamente o campo de aplicação de norma legal que procurou diminuir as mazelas sociais de nosso país, em grande parte devidas ao desrespeito à probidade administrativa (grifou-se).

Com efeito, a aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos é imprescindível não somente em razão da natureza das formas de responsabilização, mas, especialmente em respeito ao princípio da isonomia e à proteção da probidade administrativa.

Feita essa breve ressalva, passa-se a analisar o foro competente para o julgamento dos agentes políticos, por atos de improbidade administrativa.

Nas constituições brasileiras do período republicano, observa-se que a prerrogativa de foro sempre foi matéria exclusivamente constitucional. No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 prevê exceções *numerus clausus* à competência dos juízes de primeiro grau, vinculando as prerrogativas de foro relacionadas aos crimes comuns e de responsabilidade.

Assim, nos termos do art. 52, I e II, da CF/88, compete ao Senado Federal o julgamento do Presidente e do Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, dos Ministros de Estado e Comandantes das Forças Armadas, nos crimes conexos, além dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos membros dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União.

Ao Supremo Tribunal Federal cabe processar e julgar, em infrações da mesma espécie e nos crimes comuns, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, desde que o crime não seja conexo ao do Presidente da República, os membros dos Tribunais Superiores, os Ministros do TCU e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. Além disso, compete ao STF o julgamento de crimes exclusivamente comuns do Presidente e vice, dos membros do Congresso Nacional, dos Ministros da própria Corte e do Procurador-Geral da República, nos termos do art. 102, I, *a e b*, da CF/88.

Compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento dos Governadores de Estado e do Distrito Federal por crimes comuns, bem como, nesses crimes e nos de responsabilidade, de Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, integrantes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e integrantes do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, nos termos do art. 105, I, *a*, da CF/88.

Em contrapartida, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, os juízes de primeira instância devem ser julgados pelo tribunal respectivo com competência criminal. Já os juízes federais, da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, assim como os membros do Ministério Público da União, ficam sujeitos à jurisdição do Tribunal Regional Federal que os abranja, tal como disposto no art. 108, I, *a*, da CF/88. Por fim, os juízes de direito e os integrantes do Ministério Público Estadual serão julgados pelo Tribunal de Justiça correspondente, assim como aos Prefeitos Municipais, ou ao Tribunal Regional Federal, no caso de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 29, V, da CF/88.

Entretanto, alguns infortúnios tumultuaram as regras de competência nas ações de improbidade administrativa, em decorrência da Lei nº 10.628/2002, que alterou o § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, dando-lhe a seguinte redação:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou a autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”

Em que pese os parágrafos incluídos tenham sido julgados inconstitucionais, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.797 e 2.860, há quem sustente a existência de prerrogativa de foro para os agentes políticos, nos tribunais, para o julgamento das ações de improbidade administrativa, sob o fundamento da interpretação ampliativa das normas

constitucionais ou pela confusão entre os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade⁹⁰.

Contudo, a doutrina majoritária⁹¹ entende não ser possível a ampliação das normas constitucionais sobre prerrogativa de foro para abarcar as ações de improbidade administrativa. Por todos, confira-se a lição de Fábio Konder Comparato⁹²:

[...] a vedação do privilégio de foro é uma regra constitucional que se aplica não só contra o Executivo e o Legislativo, mas também contra o próprio Judiciário. A excelsa função política deste é de zelar pelo estrito respeito aos princípios constitucionais, sem procurar adaptá-los aos valores e necessidades que os próprios juízes entendam relevantes e dignos de consideração. Em um Estado de Direito, todos os titulares de poder hão de submeter-se à Constituição e às leis. Com maioria de razão, aqueles cuja missão única consiste em guardá-las e em obrigar todos os demais a fazer o mesmo.

Conclusão

Por meio desse estudo doutrinário e jurisprudencial das ações coletivas, é possível perceber alguns entraves na sua utilização: em um primeiro momento, no que tange à competência para processar e julgar as ações coletivas, seja ação civil pública ou direito do consumidor, em seguida passando para a análise dos direitos ou interesses individual homogêneo, direito difuso e coletivo, objeto da lide, e, na sequência, as questões sobre as ações de improbidade administrativa envolvendo os agentes políticos.

Desse modo, mais especificamente nas ações de improbidade administrativa, segundo o atual sistema, mesmo que o processo seja interposto contra as mais altas autoridades do País, as ações de improbidade administrativa serão dirigidas à Justiça Federal e podem se exaurir nos Tribunais Regionais Federais, se a discussão recursal se restringir à matéria probatória. Contudo, no que tange ao Presidente da República, somente a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos são inviáveis na ação de improbidade, pois essas sanções se restringem ao disposto nos arts. 85 e 86 da CF/88.

⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 173-174.

MARTINS, Tiago do Carmo. Improbidade administrativa e agentes políticos: aplicabilidade e foro competente. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 50, outubro de 2012.

⁹¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 442-444.

⁹² COMPARATO, Fábio Konder. Competência do juízo de 1º grau. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SAMPAIO, José Adércio Leite; SILVA FILHO, Nívio de Freitas (orgs.). Improbidade administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 122.

Assim também no que tange o ponto de vista prático, o entendimento majoritário dos tribunais é de que as ações coletivas se complementam e, ao mesmo tempo, se distinguem, formando o microsistema coletivo. Por isso, deve-se buscar a aplicação integrada das leis para a tutela coletiva, pois os processos coletivos regem-se por normas próprias, com fundamentos e preceitos peculiares, cuja finalidade é atender às necessidades e especificidades da tutela coletiva.

Referências

A competência nas ações coletivas do CDC. Site Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4838> Acesso em 17 de agosto de 2017.

ALMEIDA, Renato Franco de; GAMA, Paulo Calmon Nogueira da; COELHO, Aline Bayerl. A competência nas ações coletivas do CDC. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VII, n. 19, nov 2004. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4838&revista_caderno=10>. Acesso em 17 de agosto de 2017.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Agentes políticos não estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa. In: BOLZAN, Fabrício; MARINELA, Fernanda (coords.). Leituras complementares de Direito Administrativo: advocacia pública. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.9.2017.

_____. Decreto-Lei nº 201 de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em 10.9.2017.

_____. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em 10.9.2017.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 10.9.2017.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 10.9.2017.

_____. Lei nº 10.628 de 24 de dezembro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.htm>. Acesso em 10.9.2017.

_____. REsp n. 712.006/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 24/8/2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público, direito processual coletivo, vol. 2, tomo III. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook. Disponível em <<https://www.e-livros.xyz/ver/curso-sistematizado-de-direito-processual->

civil-direito-processual-coletivo-e-direito-processual-pblico-vol-02-cassio-scarpinella>Acesso:17 de agosto de 2017.

COMPARATO, Fábio K. Competência do juízo de 1º grau. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SAMPAIO, José Adércio Leite; SILVA FILHO, Nívio de Freitas (orgs). Improbidade administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CUNHA, Ageu Florêncio da. A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. In: DOBROWLSKI, Samantha Chantal (coord.). Questões Práticas sobre improbidade administrativa. Brasília: ESMPU, 2011, p. 128.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: processo coletivo/Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. 11ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, cit., p. 561.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. La Tutela De Los Derechos Difusos, Colectivos, e Individuales Homogéneos: Hacia um código modelo para iberoamérica. Segunda edición, México: Editorial Porrúa, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 878.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, cit., p. 227-228.

MARTINS, Tiago do Carmo. Improbidade administrativa e agentes políticos: aplicabilidade e foro competente. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 50, outubro de 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Tiago_Martins.html>. Acesso em:17.9.2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção e TARTUCE, Flávio. Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual. 6º ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ação para apuração de ato de improbidade administrativa e o seu cabimento frente aos agentes políticos. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coords.). Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. Ação civil pública e ação de improbidade administrativa. 1ª edição. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

SHIMURA, Sérgio. Os efeitos da sentença na ação civil de responsabilidade por improbidade administrativa. In: MILARÉ, Édís (coord.). A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 1 de agosto de 2013, com a Lei complementar nº 135 de junho de 2010: Ficha Limpa. 2ª edição revista, atualizada e ampliada, J.H. Mizuno: 2014.

STJ - CC: 26842 DF 1999/0069326-4, Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER, Data de Julgamento: 10/10/2001, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 05.08.2002 p. 194RSTJ vol. 160 p. 217.

STJ CC n. 112.235/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe de 16/2/2011.

EXECUÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TAC

Anaelson Almeida Bonfim **anaelsonbonfim@hotmail.com**
Grazyelle Júnior de Souza **grazy_js@yahoo.com.br**
Juliana Ballero dos Anjos Rodrigues **juliana_ballero@hotmail.com**
Murillo Sergio S. T. Carneiro **murillotinoco@gmail.com**
Petterson Felipe Santos Macedo de Carvalho **pettersonfsmc@id.uff.br**
Uriel César Gonçalves da Silva e Oliveira **urielcesar@gmail.com**

Introdução

O presente Artigo Científico tem como objetivo realizar uma abordagem sobre os meios de execução do Termo de Ajustamento de Conduta, abrangendo, consequentemente, seu histórico, legitimidade e funções essenciais.

Dessa forma, serão trazidos os fundamentos constitucionais e legais, bem como as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do TAC e sua eficácia de título executivo extrajudicial e judicial, inclusive os meios de execução do compromisso ajustado, bem como as modalidades de defesa do compromitente executado.

Ao final, será realizado um estudo de casos concretos relacionados ao tema, assim como uma breve exposição de julgados sedimentados, de modo a contribuir com a explanação de soluções práticas nos casos de descumprimento de TAC e maneira de executá-los.

1- Fundamentação Teórica

1.1. Surgimento e Previsão Legal

O Termo de Ajustamento de Conduta, também conhecido como Compromisso de Ajustamento de Conduta é um instrumento de resolução negociada de conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos muito utilizado pelos órgãos públicos de defesa do consumidor, principalmente pelo Ministério Público.

O Ministério Público se utiliza do Termo de Ajustamento de Conduta para celebrar com o violador de determinado direito coletivo acordo com a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial.

O Termo de Ajustamento de Conduta é essencialmente brasileiro, sem correspondente nos ordenamentos internacionais. Possuindo como marco legislativo a lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor e lei 7347/85 lei da Ação Civil Pública.

O termo de ajustamento de conduta está previsto no §6º do art. 5º da Lei 7347/85 e no art. 14 da Recomendação do CNMP nº 16/10:

§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é um instrumento legal destinado a colher, do causador do dano ao consumidor coletivamente considerado, um título executivo extrajudicial de obrigação de fazer, não fazer ou de indenizar, mediante o qual o compromitente assume o dever (ou obrigação) de adequar sua conduta às exigências legais, sob pena de sanções fixadas no próprio termo de ajustamento de conduta.

Tiago da Silva Carvalho e Márcio Cauduro Steintrasser desenvolveram grandes trabalhos acerca do tema, descrevendo os aspectos gerais, a natureza jurídica, a execução, entre outros. A legitimidade do TAC, é um dos assuntos mais debatidos sobre o tema, seguindo-se a decisão que trouxe a ilegitimidade dos Sindicatos:

REsp 1020009/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012. ADMINISTRATIVO E DIREITO ECONÔMICO. RECURSO ESPECIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. EXECUÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AJUIZADA POR SINDICATO. ILEGITIMIDADE ATIVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, 6º E 13 DA LEI 7.347/85. **1. A controvérsia cinge-se em saber se os Sindicatos são legitimados a ajuizar ação de execução referente a Termo de Ajustamento de Conduta, tomado pelo Ministério Público, alegadamente não cumprido. 2. Se apenas os legitimados ao ajuizamento da ação civil pública que detenham condição de órgão público podem tomar das partes termos de ajustamento de conduta (arts. 5º e 6º da Lei 7.347/85), não há como se chegar a outra conclusão que não a que somente esses órgãos poderão executar o referido termo, em caso de descumprimento do nele avençado.** 3. Assim, não há como admitir a legitimidade do Sindicato em requerer a execução de compromisso de ajustamento de conduta, ainda que signatário, tendo em vista que não possui competência para firmá-lo. [...] 6. Recurso especial não provido.

2- Legitimidade Para Celebração De Tac X Legitimidade Para Execução De TAC

O rol de legitimados ativos apresentados no artigo 5º da Lei 7.347/85 para a defesa judicial dos direitos transindividuais é amplo e indicativo da natureza da legitimidade, qual seja, concorrente e disjuntiva.

Neste aspecto, a doutrina especializada não diverge: todos podem propor Ação Civil Pública. Entretanto, nem todos são legitimados para tomar Compromisso de Ajustamento de Conduta.

2.1. Legitimidade Para Celebração Do Termo De Ajustamento De Conduta

O §6º, do artigo 5º da Lei 7.347/85 dispõe que os ÓRGÃOS PÚBLICOS legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Desta forma, associações civis, fundações privadas ou sindicatos, por exemplo, embora, em tese, possam propor ações civis públicas ou coletivas para defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não poderão, porém, tomar compromissos de ajustamento, em hipótese alguma.

Frisa-se. A legitimidade para celebração de TAC é conferida tão somente aos órgãos públicos em razão dos interesses envolvidos, justificando a cautela do legislador para estabelecer os legitimados para a celebração do CAC.

Todavia, vale ressaltar que há o entendimento doutrinário majoritário de que as pessoas jurídicas de direito privado que integram a administração pública indireta, tais como as sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviços públicos, estariam aptas a propor o compromisso.

Conclui-se, portanto, que o Ministério Público, a União, o Estado, e os Municípios; as autarquias, fundações públicas, assim como as agências executivas e reguladoras; os órgãos públicos, ainda que despersonalizados; as sociedades de economia mista e empresas públicas, desde que prestadoras de serviço público, todos, estão aptos a celebrar Compromisso de Ajustamento de Conduta, desde que haja pertinência temática entre o conteúdo do ajuste e as atribuições do ente público que irá tomá-lo.

Não pode, por exemplo, o NUDECON (Núcleo de Defesa do Consumidor) celebrar Termo de Ajustamento de Conduta com empresa transgressora das normas ambientais, dada a ausência de pertinência temática.

Assim, por ser um ato administrativo negocial que contém uma declaração de vontade do órgão público, se aproximando de um negócio jurídico, as partes auto-regulam seus interesses, só que não de acordo com sua vontade, mas de modo vinculado à lei.

Dessa forma, não podem os órgãos públicos legitimados dispensar (ou renunciar) direitos ou obrigações, devendo limitar-se a ajustar a conduta do fornecedor infrator às exigências da lei. Noutras palavras, não pode haver transigência efetiva de direitos pelo tomador do TAC.

Entretanto, a sistemática adotada pela doutrina para a definição dos legitimados para a execução do TAC é distinta daquela relacionada à sua celebração, haja vista a aplicação de uma interpretação mais extensiva nestes casos.

2.2. Legitimidade Para Execução Do Termo De Ajustamento De Conduta

Devemos interpretar que o título executivo não é constituído em favor do órgão público que o toma, mas sim em proveito de toda a coletividade lesada.

Dessa forma, não há óbice para que os outros colegitimados, constatando o descumprimento do ajuste, possam promover a execução do TAC. Como a natureza dos direitos tutelados é transindividual, transcende o indivíduo, o título gerado pelo TAC não é constituído em favor do órgão público compromitente, mas em proveito de toda a coletividade lesada ou ameaçada.

Ressalta-se, ainda, que, no caso de TAC versando diretamente sobre direitos individuais homogêneos, compete somente à pessoa, física ou jurídica, promover a execução da parcela que lhe couber, bastando instaurar liquidação do ajuste e comprovar a lesão em sua esfera jurídica.

Já no caso de o TAC que versar sobre direito difuso ou coletivo, se o fato jurídico que conferiu o substrato para a celebração do ajuste causar lesão, será possível, da mesma forma, a execução pelo indivíduo, precedida necessariamente de liquidação para dimensionar o prejuízo individual.

Além disso, admitiu-se a previsão de cominação no bojo do TAC pelo seu descumprimento, isto é, a possibilidade de estipular multa com natureza jurídica de *astreinte* (art.5º, § 6º, da Lei 7.347/85, c/c art. 6º, §3º, inciso II, do Decreto nº 2181/97),

cujo objetivo precípua é compelir o compromissário devedor a cumprir a obrigação que, em caso de execução, devem os valores advindos da multa cominatória serem revertidos em prol da coletividade lesada.

Caso o órgão público comprometente não adote nenhuma providência administrativa ou judicial para buscar o cumprimento do ajuste diante da evidente inadimplência das obrigações estipuladas, o responsável pelo agir poderá responder por ato de improbidade administrativa ou, até mesmo, por crime de prevaricação.

Isso porque é dever de todo o órgão celebrante de TAC o acompanhamento periódico de seu adimplemento, de modo a aferir possíveis irregularidades e descumprimentos por parte do compromissário. Caso o Compromisso firmado não seja fiscalizado, o instituto fica desprestigiado e os transgressores da ordem permanecerão cometendo os ilícitos.⁹³

3- Competência Para Execução Do Termo De Ajustamento De Conduta

No sistema processual civil brasileiro, há regulamentações distintas entre execução de títulos executivos judiciais (“cumprimento de sentença”); e execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais (“processo de execução”).

No que se refere à execução de título executivo extrajudicial, deve-se seguir as regras gerais de competências previstas no novo Código de Processo Civil.

Conforme dispõe o art. 781 do citado Código, as observâncias das seguintes regras são necessárias:

- I – a execução poderá ser proposta no foro de domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos;
- II – tendo mais de um domicílio, o executado poderá ser demandado no foro de qualquer deles;
- III – sendo incerto ou desconhecido o domicílio do executado, a execução poderá ser proposta no lugar onde for encontrado ou no foro de domicílio do exequente;
- IV – havendo mais de um devedor, com diferentes domicílios, a execução será proposta no foro de qualquer deles, à escolha do exequente;

⁹³ Nesse sentido, no âmbito do Ministério Público de São Paulo: art. 86, § 2º, do AN nº 484 – CPJ, de 2006 “O acompanhamento periódico da execução deverá ser feito nos mesmos autos, e, decorridos os prazos avançados, ou no seu termo final, será providenciada a notificação do comprometente para comprovação do cumprimento das obrigações assumidas (...)” e art. 90, parágrafo único, do AN nº 484 – CPJ, 2006 “A celebração de compromisso de ajustamento implicará o arquivamento do inquérito civil apenas para os fins do art. 112, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 734/1993, mas não o seu encerramento definitivo, até que seja comprovado o cumprimento de todas as obrigações pactuadas”.

V – a execução poderá ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou em que ocorreu o fato que deu origem ao título, mesmo que nele não mais resida o executado⁹⁴.

Na execução, o direito do autor já foi reconhecido e, com isso, a legislação dá uma faculdade para o exequente cobrar seu crédito de diversas formas, pois a ideia é dar celeridade com menos custos e evitar execução por precatória, ou seja, garantir ao exequente a satisfação do seu crédito de forma efetiva no menor tempo razoável, com praticidade.

Na dicção de Humberto Theodoro Junior, essa competência opcional, traz um cunho prático e evita entraves de ordem procedimental e econômico na fase executiva, tendo em vista que esta inovação tem puro feitio de economia processual, *in verbis*:

A inovação é de significativo cunho prático, pois evita o intercâmbio de precatórias entre os dois juízos, com economia de tempo e dinheiro na últimação do cumprimento da sentença e como instrumento capaz de conferir maior efetividade à prestação jurisdicional executiva. Os próprios autos do processo serão deslocados de um juízo para outro. Não se procederá, entretanto, de ofício, devendo a medida ser sempre de iniciativa do exequente⁹⁵.

Quanto ao termo de ajustamento de conduta, quando não homologado tem força de título executivo extrajudicial devendo ser seguida tais regras elencadas no Código de Processo Civil para garantir seu cumprimento. Vale salientar que, conforme entendimento pacificado, o descumprimento de TAC, enseja a execução direta do compromisso.

Nesse interim, após o descumprimento pelo compromissário, a execução pode ser realizada pelo órgão compromitente ou individualmente por cada lesado, a depender do caso, seguindo as regras gerais previstas no art. 781 do Código mencionado.

Já, quando o TAC for homologado pelo juiz, algumas regras devem ser observadas, tais como: não há necessidade de chamamento formal do executado por meio de citação, quando da execução do TAC homologado em juízo, sendo suficiente a intimação do compromissário por meio de seu advogado.

Alexandre Câmara conceitua títulos judiciais como aqueles que são formados através de um processo (isto é, de um procedimento em contraditório), e extrajudiciais, os demais títulos executivos. A distinção tem relevância tendo em vista que na execução dos

⁹⁴BRASIL, Código de Processo Civil art. 781 In: vade Mecum Saraiva OAB e concursos, 9º ed.2016. p.76.

⁹⁵Theodoro Júnior, Humberto, Curso de Direito Processual Civil – vol. III / Humberto Theodoro Júnior. 50. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

títulos judiciais se submete ao cumprimento da sentença, enquanto a execução dos títulos extrajudiciais se faz através do processo de execução⁹⁶.

Em regra, o foro compete é daquele que homologou o termo de ajustamento de conduta.

Nas execuções dos TACs nas ações coletivas, quando homologado pelo poder judiciário, apesar da legislação ser omissa, admite-se a sua execução no fórum do domicílio do exequente, afim de que seja dada eficácia na reparação da lesão praticada pelo compromissário. Salieta-se que o intuito de tal medida gera em torno de dar praticidade, celeridade, economia processual e garantir o acesso a justiça.

Dessa forma, é importante frisar que as execuções coletivas não tem legislação própria para o caso específico, por isso os Tribunais tentam adequar à norma vigente ao caso concreto, no sentido de que os lesados por descumprimento dos termos de ajustamento pactuado entre o Ministério Público e o compromissário lesador tenham suas reparações devidamente sanadas.

Para Humberto Theodoro Junior, o cumprimento de sentença deve ser o momento em que o exequente não pode passar por mais percalços jurídicos, tendo em vista que já provou seu direito e, é neste momento que deve ter o amparo jurídico para garantir o seu direito adquirido.

Nesse sentido, a autor afirma que o parágrafo único, do artigo 516, do novo Código de Processo Civil, flexibiliza a prevenção do juízo que homologou o termo, a fim de dar efetividade na execução. Pois, de nada adiantaria o autor ter seu direito lesado e a não poder executá-lo, mesmo com sentença procedente, visto que o juízo preventivo inviabiliza a garantia do seu direito assegurado por sentença já homologada.

Nessa mesma toada, os Tribunais pacificaram seu entendimento, no qual é plenamente possível a execução no foro do titular do direito, no intuito de garantir o acesso ao judiciário, princípio elencado na Carta Maior, previsto no Artigo 5º, XXXV⁹⁷.

Desse modo, percebe-se que a eleição de foro na celebração do TAC, não abrange aos pleitos individuais na execução, de maneira a afastar do lesado o direito de requerê-lo.

Assim, a importância do foro competente nas execuções quando do descumprimento dos termos de ajustamento de conduta tem grande relevância, inclusive,

⁹⁶Câmara, Alexandre Freitas, O novo processo civil brasileiro / Alexandre Freitas Câmara. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017 pag. 284.

⁹⁷BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil art. 5º, xxxv, In: vade Mecum Saraiva OAB e concursos, 9º ed.2016. p.7.

referente as execuções individuais, pois, por se tratar de demanda coletiva, o lesado, pode residir muito distante do juízo que homologou. Todavia, com tal flexibilidade assegura o direito de ter sua pretensão solucionada.

4. Função Do Termo De Ajustamento De Conduta

Nesse diapasão, se entende que a gênese do TAC é suprimir a ação de conhecimento, uma vez que celebrado, pressupõe-se a aceitação do compromissário quanto a ofensa por ele praticado.

Uma vez admitido e cumprido, não mais existirá o denominado dano que deu causa a sua oferta, pois se presume que o mesmo foi sanado.

Cabe frisar que o TAC é imprescritível, logo, se busca a efetividade do termo ajustado de forma incessante, utilizando a majoração da multa, como exemplo, como meio coercitivo almejando o cumprimento do acordado.

A título elucidativo, no que tange a imposição de pena pecuniária, o TAC (art 5º, parágrafo 6 da lei da ação civil pública) não substitui a obrigação principal fixada no título, pois a multa fixada em compromisso do ajustamento não tem caráter satisfatório nas obrigações de fazer e não fazer. Normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico.

4.1. O Termo De Ajustamento De Conduta Como Título Executivo

O TAC, como reza o parágrafo 6º do artigo 5º da lei de ação civil pública forma título executivo extrajudicial, gerando presunção relativa.

Isso faz com que o título executivo possa ser imediatamente objeto de ação de execução em caso de descumprimento do pactuado por parte de quem assumiu as obrigações.

O TAC é uma transação especial que pode assumir feição de:

- Título Executivo Extrajudicial:
 - a) antes ou durante a instauração do procedimento administrativo de caráter investigatório;
 - b) antes da propositura da ação civil pública.

Desta feita, em caso de inadimplemento do ajustado ao TAC, para o mesmo ser executado, esse deverá ser líquido, certo e exigível, tendo em vista que não se submeteu ao crivo do poder judiciário.

- Título Executivo Judicial:

a) no curso da ação civil pública ou até mesmo em fase de execução da ação civil pública.

b) quando o TAC é homologado em juízo.

Assim, em caso de inadimplemento do ajustado ao TAC, o procedimento a ser seguido será o de cumprimento de sentença.

4.2. Procedimento Para Execução Do Termo De Ajustamento De Conduta

O procedimento deve observar as normas gerais do processo de execução, podendo ser:

a) execução de obrigação de fazer e não fazer (os mais comuns)

b) execução de obrigação de entrega de coisa

c) execução de quantia certa (quando existe previsão de multa cominatória ou conversão em perdas e danos)

Devido a incompatibilidade dos ritos, não é adequado a possibilidade de cumulação da execução de multa e da obrigação de fazer e não fazer em um mesmo processo executivo, nestes casos, o mais correto é o ingresso com dois processos de execução distribuídos no mesmo juízo por conexão.

5. Modalidades De Defesa Do Compromitente Executado

Diante da execução de TAC celebrado extrajudicialmente, o compromissário executado poderá se servir de três formas de defesa: Embargos do devedor; Exceção/objeção de pré-executividade; Defesas Heterotópicas.

5.1. Impugnação Embargos À Execução (Art. 914/920)

No processo civil, na hipótese do cumprimento de sentença, ou seja, da execução de título judicial), a defesa do devedor é feita pela via da impugnação (art. 525 do NCPC – OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA), e, na execução de título extrajudicial

por meio de embargos à execução (art. 914 do NCPC – OBRIGAÇÃO DE FAZER – AÇÃO EXECUTIVA).

Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias (art. 915 do NCPC), assim como a impugnação (art. 525 do NCPC).

Nos embargos à execução de título extrajudicial o objeto cognoscível é mais amplo do que a matéria de conhecimento admissível na impugnação ao cumprimento da sentença.

As regras que regem o procedimento do cumprimento da sentença, como da execução de título extrajudicial e suas defesas (impugnação e embargos) são semelhantes e mesmo coincidentes. Até por isso, o novo Código de Processo estabelece uma ampla fungibilidade entre as diversas espécies de cumprimento da sentença e os distintos tipos de execução de título extrajudicial, com aplicação subsidiária e supletiva recíproca, conforme se verifica dos arts. 318, 513 e 771 do NCPC.

No processo civil, os embargos à execução ou a impugnação ao cumprimento da sentença, a princípio, podem ser opostos, independentemente, de penhora ou garantia do juízo (arts. 525 e 914 do NCPC). Dessa forma, não impedem a realização de atos executivos e expropriatórios, desde que oferecida caução pelo exequente (§10 do art. 525 do NCPC) e poderão ter curso até o final.

O juiz, então, poderá conceder efeito suspensivo aos embargos à execução, se verificar os requisitos de concessão da tutela provisória e desde que garantido o juízo (§1º do art. 919 do NCPC), que poderá, a requerimento, ser revogado alteradas as circunstâncias que justificaram o deferimento (§2º do art. 919 do NCPC).

O novo diploma legal processualista, determina que a impugnação pode ser oferecida pelo executado após o transcurso dos quinze dias de prazo para pagamento, independente de penhora ou nova intimação.

O conteúdo da Impugnação (embargos) ao cumprimento da sentença (execução de título judicial) se resume a falta ou nulidade da citação se na fase de conhecimento o processo correu à revelia; a ilegitimidade de parte; a inexigibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; a penhora incorreta ou avaliação errônea; o excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; a incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; ou a qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença (art. §1º do art. 525 DO NCPC).

No tocante as execuções de título extrajudicial diante da ausência completa de regramento específico, tem aplicação o disposto no art. 917 do CPC, rol similar ao do art. 525 sobre as matérias que podem ser suscitadas.

Há excesso de execução quando o exequente pleiteia quantia superior a do título; ela recai sobre coisa diversa daquela declarada no título; ela se processa de modo diferente do que foi determinado no título; bem como quando o exequente, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da prestação do executado; e o exequente não prova que a condição se realizou. (§2º do art. 917 do NCPC)

Quando o executado embargante ou impugnante alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior a do título, o embargante declarará na petição inicial o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo. (§3º do art. 917 do NCPC).

O juiz rejeitará liminarmente os embargos quando intempestivos; nos casos de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar do pedido; e, manifestamente protelatórios (art. 918 do NCPC). Consideram-se conduta atentatória à dignidade da justiça o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios (§ único do art. 918 do NCPC).

No processo civil, pelo art. 920 do NCPC, recebidos os embargos o exequente será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido ou designará audiência; encerrada a instrução, o juiz proferirá sentença (§ único do art. 918 do NCPC).

5.2. Exceção/Objecção De Pré-Executividade

A exceção de pré-executividade é a defesa pela qual o executado impugna a validade de um título executivo, seja por falta de liquidez, pela falta de força executiva ou pela inexigibilidade da obrigação, ou ainda quando o meio escolhido para satisfazer a tutela jurisdicional é impróprio. Em outras palavras, neste tipo de defesa, o executado é limitado a referir em sua defesa questões de ordem pública, ligadas às condições da demanda executiva e seus pressupostos processuais.

Caracteriza-se por ser um incidente processual, oferecida por simples petições nos autos da execução, podendo ocorrer a qualquer tempo, haja vista que não há prazo legal para ser proposta e devendo, via de regra, ser fundamentada por prova documental pré-constituída.

O legislador do recente Código de Processo Civil optou por abranger o leque de argumentos que o impugnante pode valer-se, de modo que permitiu arguição de incompetência na própria impugnação/embargos a execução, dispensando o uso das exceções para suscitar tal tema.

5.3. Defesas Heterotópicas

As defesas Heterotópicas nada mais são que ações autônomas e prejudiciais à execução, que visam impugnar o mérito da execução através do debate acerca do débito constante no título executivo. Em outras palavras, esse tipo de defesa dita imprópria, uma vez que é atípica, busca atingir o direito consubstanciado no título, declarando a sua nulidade, a inexistência da obrigação ou ainda qualquer ato praticado pelas partes ou terceiros que estiver maculado por vícios de nulidade de direito material.

Ainda que, via de regra, a interposição desse tipo de ação autônoma não iniba o credor de promover a execução, a execução pode ser interrompida caso seja verificada a verossimilhança dos argumentos expendidos pelo executado e que o prosseguimento da execução pode ocasionar danos irreparáveis.

Na doutrina, elenca-se inúmeras hipóteses de ação autônomas e prejudiciais à execução que podem ser propostas pelo executado para resguardar seus direitos. Dentre elas, pode-se citar como principal expoente a: a ação rescisória, admitindo-se também a ação anulatória, o mandado de segurança, os embargos de terceiro, a ação revisional e a ação de prestação de contas. Referido rol não é taxativo, servindo tão-somente para ilustrar as possibilidades de ação que o executado pode ofertar.

Conclui-se que, tendo em vista a peculiaridade de cada caso, o compromitente executado deverá optar pela defesa hábil a resguardar seus direitos, uma vez que em alguns casos deverá atacar questões entendidas como prejudiciais de mérito e do próprio mérito da execução, bem como questões de ordem pública, referentes ao título executivo ou ao próprio processo executivo.

Deverá, ainda, observar questões procedimentais de cada tipo de defesa, haja vista que, nas defesas típicas, o executado tem de respeitar o prazo para oferecer sua defesa, enquanto nas defesas atípicas, essa exigência é mais flexível, sem um prazo determinado.

6. Jurisprudência

Em sintonia com isso, vale transcrever o julgado abaixo da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, onde restou consignado que, se a sentença proferida em ação civil pública pelo juízo de primeiro grau, ajuizada para a tutela de direitos transindividuais for mais vantajosa aos beneficiários da ação coletiva, esta deve prevalecer em face de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) celebrado entre o órgão público e o réu. Ou seja, deve prevalecer o ato jurídico que for mais vantajoso para os tutelados. Confira-se:

“DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL COLETIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANOS DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE REAJUSTE. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. TERMO DE COMPROMISSO. ANS. RELEVÂNCIA. DIREITOS MÍNIMOS. COISA JULGADA. PREVALÊNCIA.

(...) 2. No âmbito da tutela de direitos transindividuais, as partes da relação jurídica processual não coincidem com as partes da relação jurídica de direito material. Igualmente, no cenário da celebração de compromissos de ajustamento de conduta, os legitimados – órgãos públicos, nos dizeres do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 – não manuseiam direitos próprios, mas de terceiros. Por consequência lógica, muito embora detenham, por força de lei, a faculdade de celebrar compromisso de ajustamento de conduta, não detêm a disponibilidade do conteúdo material do direito controvertido, seguindo-se daí a regra segundo a qual não se pode transacionar com

direito alheio (arts. 844 e 850, in fine, do Código Civil de 2002), independentemente de discussão acerca da disponibilidade de tais direitos.

3. Assim, a autocomposição levada a efeito pelos órgãos públicos legitimados, na via administrativa do compromisso de ajustamento de conduta, não constituirá jamais renúncia a direitos, mas simples reconhecimento de direitos mínimos em proveito dos reais detentores do direito material controvertido. Caso assim não fosse, o instrumento de proteção de direitos transindividuais se transmutaria

em mecanismo de restrição de direitos, exatamente na contramão de seu propósito e, em última análise, em frontal ofensa ao comando constitucional segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (CF, art. 5º, inciso XXXV).

4. Com efeito, a sentença proferida em ação civil pública, ajuizada para a tutela de direitos transindividuais, se mais vantajosa aos beneficiários, deve prevalecer em face de termo de ajustamento de conduta celebrado entre o órgão público e o demandado, seja pela preponderância da coisa julgada, seja pela independência das esferas

judicial e administrativa, seja, ainda, pela qualidade titularidade dos direitos controvertidos. 5. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp 1309948/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 24/02/2015)

Por outro lado, quanto à legitimidade para ajuizar ação de execução referente ao Termo de Ajustamento de Conduta descumprido, a jurisprudência entende que os Sindicatos não podem executar em juízo o termo, uma vez que não possuem competência para firmá-lo, mas tão somente os legitimados previstos no art. 5º e 6º da Lei 7.347/85. Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO E DIREITO ECONÔMICO. RECURSO ESPECIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. EXECUÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AJUIZADA POR SINDICATO. ILEGITIMIDADE ATIVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, 6º E 13 DA LEI 7.347/85.

1. A controvérsia cinge-se em saber se os Sindicatos são legitimados a ajuizar ação de execução referente a Termo de Ajustamento de Conduta, tomado pelo Ministério Público, alegadamente não cumprido.

2. Se apenas os legitimados ao ajuizamento da ação civil pública quedetenhã condição de órgão público podem tomar das partes termos de ajustamento de conduta (arts. 5º e 6º da Lei 7.347/85), não há como se chegar a outra conclusão que não a que somente esses órgãos poderão executar o referido termo, em caso de descumprimento do nele avençado.

3. Assim, não há como admitir a legitimidade do Sindicato em requerer a execução de compromisso de ajustamento de conduta, ainda que signatário, tendo em vista que não possui competência para firmá-lo.

4. Soma-se a isso o fato de que a multa obtida com o descumprimento do compromisso, por expressa previsão legal (art. 13 da Lei 7.347/85), há de ser revertida a um fundo de reparação dos danos aos interesses difusos e coletivos atingidos, não podendo servir ao interesse particular do Sindicato ou daqueles estabelecimentos que representa.

5. No caso dos autos, considerando que o compromisso foi tomado pelo Ministério Público, compete a este a devida fiscalização pelo cumprimento das obrigações assumidas no termo, assim como a respectiva execução em caso de descumprimento. 6. Recurso especial não provido”. (STJ, REsp 1020009/RN, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012)

* * *

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO ENTRE O MPF E A FUNAI. DEMARCAÇÃO DE TERRAS OCUPADAS PELOS ÍNDIOS NA REGIÃO CENTRO-SUL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. FEDERAÇÃO SINDICAL DE PRODUTORES RURAIS. ILEGITIMIDADE ATIVA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LIMITES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A Constituição da República, ao dispor sobre a possibilidade de ajuizamento de ação individual ou coletiva por organizações sindicais, entidades de classe ou associações, em defesa de seus membros ou associados, não autoriza que as federações sindicais defendam diretamente os interesses dos filiados às associações que representa (CF, arts. 50, XXI e 80, 111). Precedentes iterativos jurisprudenciais.

2. No caso, como a FAMASUL, é entidade sindical de segundo grau e há sindicatos afiliados nas localidades abrangidas pelas áreas demarcadas, não tem legitimidade para recorrer contra decisão que determinou a execução do TAC firmado entre o MPF e a FUNAI, razão pela qual é-lhe defeso pleitear, em nome próprio, direito alheio, nos termos do artigo 60 do CPC, porquanto não se está diante de nenhum dos casos possíveis de legitimação extraordinária, o que em nada contraria o comando do art. 80, III, do texto constitucional, tampouco o disposto na Súmula 630 do STF. Ante o exposto, com fulcro no art. 932, IV, do CPC/2015 c/c art. 255, § 4º, II, do RISTJ, nego provimento ao Recurso Especial.” (STJ, REsp 1587351/MS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 26/09/2017, DJe 10/10/2016)

Ademais, acerca da possibilidade de execução da multa prevista no Termo de Ajustamento de Conduta em razão do descumprimento da obrigação pelo réu, os Tribunais

pátrios admitem, de forma pacífica, a execução da penalidade prevista no instrumento celebrado, visando estimular o adimplemento da obrigação.

Vale ressaltar, ainda, que, caso seja verificado que a multa se tornou excessiva, o julgador pode reduzir o valor da penalidade, sob pena de configurar enriquecimento ilícito, o que é vedado pelo art. 884 do Código Civil.

Veja, nesse sentido, o julgado abaixo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AMBIENTAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC). NÃO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES NO PRAZO FIXADO. EXIGIBILIDADE DA MULTA. Não cumprindo o executado com obrigações assumidas em compromisso de ajustamento de conduta firmado com o Ministério Público no prazo fixado, cabível a execução da multa avençada. COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. NÃO-ENTREGA DE PROJETO DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL À PROMOTORIA DE JUSTIÇA. MULTA EXACERBADA. REDUÇÃO. LEI ESTADUAL Nº 11.877/02 A multa prevista em compromisso de ajustamento de conduta incide pelo descumprimento do avençado em suas cláusulas, tendo por finalidade estimular o adimplemento, e não o enriquecimento do adverso.” (TJRS - AC: 70051327799 RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Data de Julgamento: 08/10/2012, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/10/2012 – grifou; se)

Conclusão

Nesse estudo aprofundado sobre execução do Compromisso de Ajustamento de Conduta, verificou-se sua grande importância para efetivação dos direitos transindividuais. Servindo, portanto, para a tutela coletiva de direitos.

Com o surgimento do TAC, os órgãos públicos legitimados à propositura de demandas coletivas passaram a poder tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, conforme abordamos ao longo do artigo.

Ressalta-se, ainda, que a utilização do TAC se amolda à moderna tendência de gestão democrática e participativa trazida pelo ordenamento jurídico, possibilitando a solução dos conflitos em âmbito administrativo.

O TAC tem por objeto a conformação às exigências legais para a proteção do direito transindividual. Por meio da aplicação negociada da norma jurídica, busca-se a celeridade na resolução de conflitos, a justiça e a pacificação social.

Com efeito, o TAC é meio idôneo para a resolução rápida e efetiva de conflitos envolvendo os direitos coletivos sem a necessidade de se recorrer à via judicial. Quando o obrigado, sem qualquer justificativa, não atende ao compromisso, a única alternativa que se abre ao órgão público legitimado é a propositura da ação de execução.

Conclui-se, portanto, que, com a previsão do Compromisso de Ajustamento de Conduta no ordenamento, houve um grande avanço na composição extrajudicial de conflitos coletivos (de grupos, classes ou categoria de pessoas), e, assim, tornando mais eficaz a defesa de interesses transindividuais, concorrendo grandemente para a obtenção da harmonia e paz social.

Trata-se de instrumento que tem merecido intensa utilização, porque, por meio dele, morrem no nascedouro inúmeras demandas, o que traz grande proveito para a coletividade.

Bibliografia

CARVALHO, Eduardo Santo de. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: A Autocomposição da Lide na Tutela de Interesses Transindividuais**. 2005. 284 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta – Análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. [Coord.] Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-243.

LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES NA EXECUÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS

Katia Maria Coelho de Lacerda*

Resumo

O presente artigo tem como objetivo apresentar o tipo de legitimidade das associações na fase de execução das ações coletivas, através da mudança de paradigma instituído pela decisão do RE 573.232/SC pelo STF.

Palavras-chaves: Legitimidade. Associações. Execução. Ações coletivas.

Introdução

O IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, está com uma petição, com o seguinte título: “STJ: Meu direito não cabe numa lista”. Essa petição está ocorrendo porque o futuro de milhares de poupadores lesados pelos planos econômicos vai ser definido a qualquer momento. Está na pauta do Superior Tribunal de Justiça (STJ) o julgamento do recurso repetitivo que decidirá a abrangência da ação civil pública do Idec contra o Banco Bamerindus (REsp nº 1.361.799/SP e REsp nº 1.362.022/SP) e Nossa Caixa Nosso Banco, sucedida pelo Banco do Brasil (1.438.263/SP).

Com essa petição, a questão que está em discussão diz respeito ao tema legitimidade *ad causam*, uma vez que o STJ vai decidir se poupadores ou seus sucessores, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros da associação, poderiam ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública.

Com base nessa polêmica, esse artigo visa discutir um dos temas mais complexos do direito processual coletivo, qual seja, a legitimidade *ad causam* das demandas coletivas.

Esse tipo de legitimidade nada mais é do que à pertinência subjetiva da ação, ou seja, qualidade expressa em lei que autoriza o sujeito (autor) a invocar a tutela jurisdicional.

A legitimidade *ad causam* das associações teve uma mudança paradigmática a pouco, devido a uma mudança interpretativa do STF, com base no artigo 5º, XXI, LXX e art. 8º, III, da Constituição. Porém, esse novo modelo, não está sendo totalmente aplicado de forma homogênea por todos os juízes, em todos os casos.

* Pós-graduanda no curso de especialização em Direito Processual Civil da UFF.

Nesse sentido, esse artigo pretende apontar a visão do paradigma anterior e a visão do paradigma atual, com relação à questão da legitimidade das ações coletivas propostas por associações. Apontando a controvérsia e tentando mostrar o retrocesso em nível de evolução das demandas coletivas, tão necessária numa sociedade de massa, onde se observa um judiciário impactado, com inúmeros processos, que poderiam ser reduzidos e dinamizados, com uma prática forense voltada para as demandas coletivas.

1. Mudança De Paradigma Em Relação À Legitimidade Das Associações

O artigo 81, do CDC e o artigo 21 da Lei 7.357/85 (Lei da ação civil Pública) estabelecem os objetos das ações coletivas que são os *interesses ou direitos difusos*, que têm como características serem transindividuais, de natureza indivisível, em que os titulares são pessoas indeterminadas ligadas por circunstância de fato; *os interesses ou direitos coletivos*, que também têm como característica serem transindividuais e indivisíveis, sendo que são parte grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e *interesses ou direitos individuais homogêneos* que têm como características serem divisíveis e terem uma origem comum.

O artigo 82 e o art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, estabelecem uma legitimidade concorrente, isto é, atribuída a mais de uma pessoa, para exercer em juízo a defesa desses interesses e direitos. No rol desses artigos consta como legitimado a propor a ação, entre outros, a associação, anunciando alguns critérios de admissibilidade da ação. Porém, não consta, em nem um dos respectivos diplomas, de forma explícita, se a legitimidade concorrente é extraordinária ou ordinária. Mas, o entendimento é que seja extraordinário, porque “não há correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito.” (Didier, 2017, p. 1)

Claro é que a regra pelo qual se defendem interesses em juízo é por meio da legitimação ordinária, na qual o próprio lesado busca defender seu interesse no campo individual. Excepcionalmente, poderá haver a defesa em nome próprio de interesse alheio, o qual se denomina de legitimação extraordinária, “*quando autorizado pelo ordenamento jurídico*”(art. 18, NCPC), também denominada substituição processual. Como bem acena

Didier Jr. (2017, p.1) : “Trata-se de classificação que se baseia na relação entre o legitimado e o objeto litigioso do processo”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orientava-se no sentido de que as associações possuem legitimidade ativa *ad causam*, para atuar como substitutos processuais em ações coletivas, nas fases de conhecimento, na liquidação e na execução, independentemente de autorização expressa dos substituídos e de juntada da relação nominal dos filiados.

Assim comenta o tema Theodoro Jr.(2016, p.720):

A jurisprudência predominante do STJ é no sentido de que as associações, na qualidade de substitutos processuais, detêm legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representam, por isso a coisa julgada advinda da ação coletiva deve alcançar todas as pessoas da categoria, legitimando-as para a propositura individual da execução de sentença. Esse entendimento, entretanto, é passível de modificação em face do posicionamento do STF, que discutiu a matéria em sede de repercussão geral. Assentou a Corte constitucional que as entidades associativas limitam-se a promover demandas apenas em favor de seus associados. Em decorrência, “as balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial”.

Perceba-se que era reconhecida para as associações uma legitimação extraordinária, , com base na lei, portanto, não sendo necessária a autorização assemblar, a não ser as exigências quanto ao tempo de formação da associação (requisito formal) e a pertinência temática (requisito subjetivo).

Os acórdãos de modo geral não faziam diferença do tipo do interesse ou direito envolvido, ou seja, não era importante para distinção do tipo de legitimidade se o objeto da ação era um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Essa falta de distinção, segundo Braz, (2017, p.1) tem haver com o advento das ações civil pública e coletiva, pois ocorreu uma ampliação do campo de aplicação da substituição processual, empregada na defesa dos interesses metaindividuais, onde o autor, legitimado extraordinariamente, busca a proteção de interesses que transcendem aos próprios: os direitos individuais homogêneos, coletivos *stricto sensu* e interesses difusos.

Ocorre que, após o acórdão do Recurso Especial 573.232/SC, com base no art. 5º, XXI e LXX do texto constitucional, o STF fez-se distinção entre a representação processual — modalidade de defesa dos interesses dos filiados assumida pela Associação, por estar vinculada à “autorização expressa” —, e a substituição processual — modalidade figurada pelos Sindicatos e pelos impetrantes de Mandado de Segurança Coletivo.

Com base esse entendimento, foi recentemente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, na REsp 872756, esse novo paradigma. Todavia, pode-se observar que a decisão reconhece o posicionamento do anterior paradigma:

[...]

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE CLASSE. RECONHECIDA A AMPLA LEGITIMIDADE COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS AFILIADOS. PRECEDENTE: AG 1.153.516/GO, REL. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 26.4.2010. ORIENTAÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 573.232/SC, REL. MIN. MARCO AURÉLIO, DJe 18.9.2014). AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE ALAGOAS PROVIDO. 1. Esta Corte firmava o entendimento de que o Sindicato ou a Associação, como substitutos processuais, têm legitimidade para defender judicialmente interesses coletivos de toda a categoria, e não apenas de seus filiados, sendo dispensável a juntada da relação nominal dos filiados e de autorização expressa. Assim, a formação da coisa julgada nos autos de ação coletiva deveria beneficiar todos os servidores da categoria, e não apenas aqueles que na ação de conhecimento demonstrem a condição de filiado do autor (Ag 1.153.516/GO, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 26.4.2010); contudo, o STF, no específico caso das Associações, por ocasião do julgamento do RE 573.232/SC, sob o regime do art. 543-B do CPC, entendeu que as balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. 2. Agravo Regimental do ESTADO DE ALAGOAS provido." (AgRg no REsp 1313910/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 30/03/2016) Desse modo, não houve manifestação expressa quanto à consequente extinção da ação civil pública sem a apreciação do mérito. Ante o exposto, acolho os embargos de declaração para integrar a decisão embargada, a fim de que conste o seguinte em sua parte dispositiva: "Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, no sentido de extinguir a ação coletiva sem exame do mérito, em razão da ilegitimidade ativa ad causam". Intimem-se. Publique-se Brasília (DF), 24 de outubro de 2016.

A partir, portanto, do Resp. 573.232/ SC, o entendimento da forma de legitimação para propositura da ação coletiva no que compreende a fase de conhecimento, liquidação e execução foi modificada, ou seja, no caso, os interesses coletivos da categoria ficaram reduzidos, exclusivamente, aos interesses dos filiados e “por expressa autorização”.

Nesse sentido, conforme se apresenta na doutrina de Theodoro Jr. (2016, p.721), para entender como é o processo de execução de ação coletiva realizada por associação, nesse novo paradigma, tem que distinguir o tipo de ação e o objeto da ação, ou seja, se é Ação Civil Pública (direitos difusos ou coletivos); se a ação correspondente do arts. 82, IV e 91 (defender de forma genérica os direitos individuais homogêneos). Caso em que a legitimação é extraordinária das associações, sendo assim, substituta processual. Por um

lado, cabe a cada consumidor ou interessado promover a liquidação e execução do prejuízo individual conforme a força da condenação genérica. Por outro lado, no caso da execução ser promovida coletivamente pela associação, isso se fará pela representação, devendo cada interessado conferir-lhe poderes para a defesa de sua situação individual.

Já na defesa coletiva de direitos dos associados, na forma do art. 5º, XXI, da CRFB, a ação de conhecimento se dá desde o início pela representação processual. Nesse sentido, não há que exigir nova representação de seus filiados:

O permissivo constitucional, in casu, não é de uma ação coletiva como aquela regulada pelo CDC; é, na verdade, de uma ação singular, com vários titulares previamente definidos, todos representados pela associação. O efeito prático, querido pela regra constitucional, é apenas o de simplificar o procedimento, tornando a entidade associativa sujeito ativo da demanda, para eliminar os inconvenientes do litisconsórcio tradicional. Daí que não se hão de aplicar as normas de liquidação e habilitação individuais cogitadas pelos arts. 94 a 98 do CDC. A sentença, sendo líquida quanto à pretensão de cada associado representado pela entidade autora, terá o respectivo cumprimento promovido pela mesma entidade, não havendo que se cogitar de credores sujeitos a habilitação, nem de créditos genéricos pendentes de liquidação (THEODORO JR., 2016, p.722).

Em síntese, a execução do título judicial produzido através de uma ação coletiva, independente de que seja interesse coletivo, difuso, ou individual homogêneo, promovida por uma associação, será realizada pela forma da representação.

Conclusão

O paradigma anterior via as associações como uma forma a mais de recurso ao acesso à justiça, numa sociedade de massa. Colocando a associação em pé de igualdade ao MP e outras entidades públicas no direito de pleitear os interesses de sua categoria.

A interpretação constitucional com base na Resp. 573.232/ SC, realizada pelos defensores da Constituição é um retrocesso aos valores perseguidos pelas ações coletivas.

Agora, as associações, na forma do novo entendimento, é indispensável, para propor ação coletiva, autorização expressa. Segundo Braz, (2017, p.), com a decisão do STF, a questão que se põe é a que diz respeito com o modo de autorizar “expressamente”: se por ato individual, ou por decisão da assembleia de associados, ou por disposição genérica do próprio estatuto. Quanto a essa questão, a resposta que tem sido dada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não basta a autorização genérica da entidade associativa, sendo indispensável que a declaração expressa exigida pela Constituição (artigo 5º, XXI) seja manifestada ou por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembleia da entidade. A corte não deu

importância à listagem de filiados, mas sim à forma como conferida a autorização expressa.

O tema é bastante complexo, no sentido que anda em direção contrária a proposta das ações coletivas, que seriam a grande solução na busca mais célere de uma satisfação. Assim como, ao apontar exigências para acesso ao direito, concorre a promover um obstáculo ao art. 5º, XXXV, uma vez que, restringe a atuação das associações no pleito em defesa dos interesses ou direito de grupo ou classe. Portanto, esse tema estimula debates jurídicos diversos, que deverão ser realizados para que a questão das ações coletivas sejam mais empregadas no mundo jurídico, e, assim, os direitos sejam efetivados.

Referências

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais**. vol. II. 50ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. p.714-724.

A postulação em juízo pelas entidades associativas conforme o RE 573.232/SC e desdobramentos. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253483,81042>>. Acesso em: 17 de set. de 2017.

Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. Disponível em:

<<http://www.frediedidier.com.br/artigos/>>. Acesso em: 18 de set. de 2017.

BREVES REFLEXÕES SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR

MARCELLE GONET, Pós-graduanda da UFF

E-mail: marcellegonet@gmail.com

MARIA CLÁUDIA DA SILVA, Pós-graduanda da UFF

E-mail: marsclauds@hotmail.com

MATHEUS ALBUQUERQUE, Pós-graduando da UFF

E-mail: Matheus.albuquerque76@hotmail.com

NICOLE R. FORTES DE ALMEIDA, Pós-graduanda da UFF

E-mail: nicolerivello@hotmail.com

Resumo: O artigo procura analisar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que foi umas das grandes novidades incorporadas pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). O objetivo deste trabalho é analisar o problema da massificação das demandas individuais e a incapacidade do poder público para solucioná-la; a origem do IRDR no direito estrangeiro; a dinâmica procedimental do IRDR; bem como panorama das mudanças regimentais nos tribunais estaduais e federais para efetivação do IRDR.

Abstract: This article aims to analyze the Incident of Resolution of Repetitive Demands, which was one of the most important new additions to the New Civil Procedure Code (Law 13.105/2015). This article intends to analyze the problem of the increasing number of individual demands and the incapability of the public force to solve it, the origin of IRDR in international law, the dynamic procedure of IRDR as well as an overview of the regimental changes in the state and federal courts for IRDR effectiveness.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Novo Código de Processo Civil, Litigiosidade de massa.

Keywords: Incident of Resolution of Repetitive Demands, New Civil Procedure Code, Mass Litigiousness

Introdução

O presente artigo versa sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas IRDR-, sendo este um novo instituto processual adotado pelo ordenamento jurídico

brasileiro e que foi previsto nos artigos 976 a 987 da Lei no 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil).

O Novo Código de Processo Civil entrou em vigor em março do ano de 2016, motivo pelo qual tal se torna primordial o estudo e compreensão do mesmo, uma vez que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR – foi idealizado no ordenamento jurídico Brasileiro como instrumento de política de gestão judiciária, para solução coletiva de conflitos de massa ou contingenciamento de conflitos seriais.

Nesse sentido, diante do cenário de excessiva litigiosidade e incentivo ao acesso à justiça, com inúmeras demandas judiciais, muitas vezes idênticas, que se repetem congestionando, principalmente, os Tribunais Estaduais, se fez necessário a criação do instituto para assim termos soluções homogêneas.

O fato é que dentro do contexto da sociedade moderna, notadamente marcada pelo consumo em massa, há uma grande e crescente preocupação com a efetividade do acesso à justiça e com a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Nessa esteira o IRDR surgiu com o objetivo de ajudar na solução de conflitos, principalmente para garantir a chamada isonomia de direitos entre os interessados, ou melhor, entre os que buscam o judiciário com o fito de obter o que entende ser “seu” direito.

Assim ao longo de toda discussão acerca do tema foi possível dizer que diante das inúmeras demandas judiciais repetitivas, se viu a necessidade de se ter inclusive uma “orientação” para os julgadores chegarem a um consenso acerca de determinado assunto, e assim se garantir a chamada isonomia dos direitos.

A inspiração para a implementação desse Instituto no ordenamento brasileiro surgiu do *Musterverfahren* Alemão (procedimento-modelo), conforme menção expressa nas exposições de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010). Contudo, no decorrer de sua tramitação no Senado e Câmara dos Deputados, o instituto sofreu modificações, o que fez surgir divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica do Incidente, se de causa-piloto ou procedimento-modelo.

Além disso o IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – também foi inspirado no modelo norte-americano de *class actions*, que nada mais é do que a necessidade de vincular a decisão a todos os interessados, para que assim se evite a multiplicidade de procedimentos.

Sendo assim inspirado ainda nesse modelo, a legislação brasileira passou a gradativamente prever o uso de ações coletivas (em sentido genérico) com a finalidade de tratar inclusive questões relacionadas ao meio-ambiente, ao consumidor, a criança e adolescente, ao patrimônio público, entre outras.

Desse modo o objetivo geral deste artigo é pesquisar, investigar e concluir se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas irá contribuir para o acesso à justiça para a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Ademais tem ainda a finalidade de esclarecer de quem de fato é a competência para instaura-lo; como os tribunais o enquadrarão em seu regimento interno; a sua dinâmica procedimental, e por fim apresentar as controvérsias surgidas ao longo desse tempo em que o mesmo se encontra inserido em nosso ordenamento jurídico.

Isto porque por se tratar de um instituto novo sua disciplina suscita inúmeras dúvidas e divergências doutrinárias, que com o decorrer do tempo e observância da aplicação do Incidente, deverão ser elucidadas.

Dessa maneira, a nosso entender este artigo se justifica pela necessidade de investigação do novo instituto processual que tem o condão de alterar significativamente a forma de resolução dos conflitos de massa no Direito Brasileiro, que assoberbam o Poder Judiciário e representam traço marcante e característico das sociedades ocidentais de consumo em massa.

O presente artigo tem por objetivo abordar alguns aspectos relevantes do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, instituto recém implantado no sistema jurisdicional brasileiro, que se destina, sobretudo, a otimizar a prestação jurisdicional em causas de massa.

1. O problema da massificação das demandas individuais frente a incapacidade do Poder Judiciário para solucioná-las

Vivemos em uma sociedade cada vez mais globalizada na qual a universalização de acesso aos serviços, a concentração demográfica nos grandes centros urbanos, a virtualização das relações jurídicas, acaba por gerar uma repetição dos vínculos jurídicos e a conseqüente "padronização" dos conflitos levados ao judiciário.

O fenômeno da padronização das relações jurídicas acaba por ocorrer devido ao fato de cada vez mais, pessoas titularizarem direitos muito similares, que por sua vez, são violados/lesados por meio de condutas também similares, que ocasionam uma reincidente

de demandas de mesma natureza no Judiciário.

Pertinente quando tratamos deste assunto, expor o pensamento do já saudoso processualista Barbosa Moreira⁹⁸, que já à época da promulgação da Constituição de 1988, provocava a discussão entre sociedade e processo de massa:

"(...) as características da vida contemporânea produzem a emergência de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?"

Percebe-se, através da análise da concepção histórica que deu início ao processo civil brasileiro, que o mesmo surgiu em uma época que prevalecia uma visão individualista de mundo, centrado na ideia da lide como forma de resolução de conflitos. Assim sendo, nesta modelagem tradicional do processo, a atividade jurisdicional foi pensada de forma singularizada, buscando a aplicabilidade de uma norma para cada caso e não a aplicação uniforme do direito.

Como consequência desta visão singularizada e individualista, nos deparamos com ausência de recursos suficientes, para resolver o abarrotamento dos fóruns e tribunais em todo país. Sobre esta problemática, Guilherme Rizzo Amaral⁹⁹ diz:

"Do ponto de vista da efetividade, o volume absurdo de processos gerou, acima de tudo, grande morosidade para sua condução, decorrente do número limitado de servidores, juízes e recursos financeiros para o atendimento da demanda. Somadas as causas repetitivas em todo país, o número chega a casa dos milhões. O fato de elas serem analisadas individualmente - e não em bloco - atenta seriamente contra a economia processual, valor inserido no complexo valorativo da efetividade" (AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um 'incidente de resolução de demandas repetitivas'. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, versão digital)

Logo, a roupagem repetitiva dos conflitos jurisdicionados tornou imperiosa a necessidade de adequação da técnica processual e reinvenção do processo judicial para que o mesmo se torne compatível com a visão contemporânea de sociedade e do próprio processo. Neste sentido, bem diz Leonardo Carneiro da Cunha¹⁰⁰:

"O processo deve adequar-se às situações repetitivas. Há problemas que atingem, em massa, uma grande quantidade de pessoas, as quais ingressam em

⁹⁸ MOREIRA, Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, vol 61, Jan 1991, p. 187, versão digital

⁹⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um 'incidente de resolução de demandas repetitivas'. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, versão digital

¹⁰⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. vol. 179, jan/2010 (versão digital)

juízo na busca do reconhecimento de seu direito, acarretando um significativo número paralelo de causas que versam sobre o mesmo tema. A dogmática tradicional quanto à atividade processual não se revela suficiente para dar solução rápida a essas demandas repetitivas."

É bem verdade que o processo coletivo foi desenvolvido com intuito de adequar a tutela tradicional de conflitos da sociedade contemporânea e conseqüentemente à litigiosidade de massa. Contudo, a tutela coletiva não se mostrou totalmente efetiva para solucionar os problemas relacionados a litigiosidade repetitiva, muito pelo fato de não se possível tutelar, via ações coletivas, todos os conflitos tidos como repetitivos.

Desse modo, o IRDR se destaca como um mecanismo criado, através do Novo Código de Processo Civil, com intuito de contingenciar a reincidente e desenfreada proliferação de demandas marcadas pela repetitividade.

O que esse mecanismo traz, com ares de inovação, é a mudança de percepção do processo, visto que, em vez de seguir a direção da apreciação individual e singularista de cada conflito, adota técnicas que permitem a resolução da questão de forma concentrada, em um ou alguns julgamentos, ocasionando uma posterior aplicação em casos similares.

Portanto, a elaboração de um Novo Código de Processo Civil, que prevê a criação de um microsistema específico para casos repetitivos, demonstra a clara tentativa de mudança da perspectiva do processo, buscando a adequação dos conflitos às demandas repetitivas e um conseqüente aumento da efetividade do nosso sistema processual.

2. O IRDR como instrumento para solução de demandas de massa

É em um cenário de grande dificuldade de resolução das demandas coletivas e de verdadeira crise no acesso à justiça que se verifica a importância das ações coletivas. É a partir daí que nascem uma verdadeira preocupação com a efetividade do processo, bem como a necessidade de se assegurar uma correta prestação jurisdicional ao cidadão.

Assim ao ver dos legisladores, bem como de alguns doutrinadores, esse instrumento resolveria as inúmeras demandas que envolvem direitos individuais homogêneos de milhares de pessoas, mediante uma ação coletiva.

Nesse sentido vale destacar o esclarecimento do Ministro Luiz Fux acerca do tema:

“O incidente criado pelo anteprojeto permite a seleção de causas piloto com base na experiência germânica do mercado de capitais (Musterverfahren) as quais, uma vez julgadas servem como paradigma obrigatório para as inúmeras ações em curso na mesma base territorial da competência do tribunal local encarregado de admitir o incidente por provocação das partes, do juiz, do Ministério Público ou da Defensoria Pública”

Diante de tal perspectiva o legislador viabilizou uma verdadeira concentração de processos buscando maior racionalização e eficiência dos meios processuais. Ou seja, através dele irá ocorrer a concentração de processos que versem sobre uma mesma questão jurídica e com isso a decisão proferida irá vincular os demais casos que estejam sob a competência territorial do tribunal julgador.

Não obstante por mais que o instituto tenha surgido como mais uma solução para as causas repetitivas, os fatos não precisam ser idênticos, haja vista que cada cidadão possui suas particularidades.

Tanto é que para Cássio Scarpinella Bueno, o objetivo do instituto é o de “obter decisões iguais para “casos iguais””¹⁰¹ e por isso que ele é considerado pelo inciso I do art. 928 como hipótese de “julgamento de casos repetitivos”.

Contudo a doutrinadora Teresa Arruda Alvim, diz que os fatos não precisam ser idênticos para que a tese proferida do incidente seja aplicada. Para ela deve-se observar uma mesma estrutura de pensamento, ou seja, a decisão referente ao caso deve servir como paradigma para julgamentos posteriores em processos análogos, mas não como uma posição fechada sem analisar os fatos.

A questão é que por se tratar de um instituto novo em nosso ordenamento, surgem muitas discussões acerca da efetividade em solucionar os conflitos de massa.

Isto porque no ordenamento jurídico pátrio existem outros instrumentos o que permitem o julgamento idêntico de casos que tratem da mesma questão de direito, tais como a súmula obstativas de recursos, a repercussão geral, o julgamento liminar de improcedência, a súmula vinculante, recursos especial e extraordinário sobre matérias idênticas e o julgamento por amostragem de recursos de caráter extraordinário.

No Brasil, em linhas gerais, a Doutrina vem apontando que o objetivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é agilizar a prestação jurisdicional, diminuir o número de processos judiciais e gerar uniformidade na jurisprudência¹⁰²

Contudo, pelo pouco que já se viu ao longo desse período em que o Novo Código de Processo Civil está em vigor, é que essa celeridade esperada não está acontecendo, haja vista que o abarrotamento de ações ainda existe, e com os isso os julgadores não conseguem julgar os incidentes já em curso.

¹⁰¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰² WAMBIER, Theresa Arruda Alvim. [et al.]. *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*, 1 Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Vale esclarecer que a admissibilidade de um IRDR, suspende todas as ações em curso que versem sobre a matéria que gerou o incidente, e sendo assim ações como mandado de segurança – cuja característica é a celeridade – ficam paradas aguardando a decisão do IRDR.

Nessa esteira, Guilherme Gomes Pimentel e Cynara Silde Mesquita Veloso entendem que:

“o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não se coaduna com o acesso efetivo à justiça, uma vez que não garante a observância aos direitos e às garantias fundamentais, isto é, distorce a concepção de celeridade processual para uma noção de decisão rápida, subtraindo a efetividade dos princípios instituídos do processo e, por consequência lógica, retira a discursividade que deve envolver o procedimento judicial democrático, não garantindo a (re)construção dos provimentos jurisdicionais, além da legítima produção jurídica”¹⁰³

O artigo 928, I, do CPC/2015, menciona expressamente que esse incidente é uma hipótese de julgamento de casos repetitivos.

“Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I - incidente de resolução de demandas repetitiva
II - recursos especial e extraordinário repetitivos.
Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

Assim, ao criar esse instituto, o legislador estabeleceu um novo mecanismo na busca de maior eficiência dos meios processuais, o que nos faz dizer que ele tem por objetivo solucionar litígios que envolvam direitos individuais homogêneos das pessoas que buscam o judiciário.

Com isso, havendo uma concentração de processos que versem sobre a mesma questão jurídica no âmbito dos tribunais, será permitido que a decisão proferida vincule todos os demais casos que estejam sob a competência do tribunal julgador.

Dessa maneira, o Incidente tem um grande papel no cenário jurídico brasileiro, visto que poderá solucionar o inchaço de ações iguais, bem como a problemática de decisões conflitantes acerca do mesmo assunto. E sendo assim, pode-se dizer que realmente é um instrumento para solução de demandas de massa.

¹⁰³ PIMENTEL, Guilherme Gomes e VELOSO, Cynara Silde Mesquita, “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Previsto no Novo Código de Processo Civil, à Luz do Acesso Efetivo à Justiça e do Estado Democrático de Direito”, in RDC nº 86, Nov.Dez/2013

3. Resolução de Demandas Repetitivas no direito estrangeiro e inspiração para o IRDR brasileiro

As ações coletivas como um todo, vem se desenvolvendo e se fortalecendo progressivamente no direito estrangeiro. Mas, também, instrumentos para solução de questões repetitivas vem ganhando destaque, principalmente, nas últimas décadas.

Nesse sentido, Aluisio Mendes¹⁰⁴ aponta como equivalentes históricos no direito estrangeiro, as antigas ações de ensaio (*test claims*) norte americanas e inglesas; o *Musterverfahren* na Alemanha; a previsão contida na legislação de fundos de investimento da Suíça; a agregação de ações no Regime Processual Experimental português; a extensão de efeitos na jurisdição contenciosa administrativa da Espanha; a *Group Litigation Order (GLO)* da Inglaterra e do País de Gales e, ainda, menciona o *Pilot-judmenst procedure* da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Apesar dos diversos instrumentos equivalentes no ordenamento estrangeiro citados, cada um com suas peculiaridades e diferenças entre si, o ordenamento jurídico brasileiro se inspirou no modelo alemão de solução de questões repetitivas.

A Comissão de Juristas¹⁰⁵ instituída pelo Senado Federal, destinada a elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, menciona expressamente a inspiração no direito alemão:

“(...) criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.” (grifos nossos)

Notadamente, a inspiração surgiu de um procedimento específico adotado na Alemanha, inicialmente entre as décadas de 1960 e 1980, denominado *Musterverfahren*¹⁰⁶, que consistiu em um procedimento-modelo empregado para solução de inúmeras ações homogêneas (aproximadamente 5.700), ambas com questões fáticas e/ou jurídicas comuns, relacionadas ao projeto de construção do aeroporto internacional de Munique. Diante do grande número de ações, o Tribunal Administrativo de Munique selecionou 40

¹⁰⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017. p. 27.

¹⁰⁵ Instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009.

¹⁰⁶ MENDES, Aluisio; TEMER, Sofia em O *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 243, p. 286 e 287.

casos considerados representativos da controvérsia (modelo), que seguiriam para processamento, produção de provas e julgamento. Os demais processos seriam suspensos por prazo indeterminado até a formação da tese jurídica.

No caso alemão não houve o julgamento propriamente dito das causas representativas, mas apenas a definição da tese referente a questão jurídica controvertida, para posterior reaplicação nas demandas repetitivas fundadas em igual teor, caracterizando-o como procedimento-modelo.

Não obstante o procedimento tenha sido adotado em 1979 no emblemático caso alemão, à época ainda não havia previsão legal do referido procedimento-modelo (*Musterverfahren*), o que foi questionado perante a Corte Suprema Alemã, que decidiu pela constitucionalidade do procedimento.

O procedimento-modelo adotado na Alemanha foi regulamentado somente no ano de 1991, com a revisão do Código de Justiça Administrativa (VwGO), sendo disciplinado, inicialmente, apenas no âmbito da Justiça Administrativa. Posteriormente, no ano de 2005, a previsão foi estendida no âmbito das controvérsias do mercado mobiliário, através da Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais (KapMuG), e mais adiante, em 2008, o procedimento-modelo foi estendido também para a Justiça Previdenciária e Social.¹⁰⁷

A despeito da exposição de motivos do Anteprojeto do NCPC mencionar a inspiração no *Musterverfahren* alemão, autores como Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavacanti entendem que os instrumentos não possuem muitas semelhanças entre eles, e que é um equívoco associar o IRDR previsto no CPC com o *Musterverfahren* alemão. Destacam que a principal diferença se refere ao objeto do procedimento-modelo alemão, muito restrito, ao contrário do IRDR brasileiro, com abrangência ampla. Outra diferença importante apontada pelos autores é a aplicação do modelo alemão para dirimir questões de fato e de direito, contrariando a previsão brasileira, que é apenas para questões de direito.¹⁰⁸

É possível inferir, entretanto, que ambos os institutos de solução de questões repetitivas, alemão e brasileiro, possuem significativas diferenças, inclusive relacionadas ao contexto jurídico e social em que os países vivenciam, mas as diferenças não implicam

¹⁰⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 57 e 60.

¹⁰⁸ Idem, p. 16.

na impossibilidade de inspiração do Brasil no modelo alemão, pois o objetivo dos institutos é similar, ou seja, a solução coletiva de conflitos.

Tal como no Direito Brasileiro, a tutela jurisdicional coletiva na Alemanha não tem apresentado resultados positivos para a diminuição do ajuizamento de demandas repetitivas¹⁰⁹, claro que em proporções diferentes, considerando-se a extensão territorial de ambos os países e demais diferenças contextuais que os países possuem, mas pode ser compreendido como um fator preponderante que ocasionou na inspiração dos juristas da comissão do anteprojeto do NCPC, no Direito Alemão, para a implementação de um incidente voltado para resolução de demandas repetitivas, já que havia uma problemática similar aos dois ordenamentos.

O ordenamento jurídico inglês também possui importante instrumento, que se assemelha ao IRDR, denominado *Group Litigation Order (GLO)*, criado no ano de 2000 na Inglaterra e País de Gales, que consiste em uma espécie de incidente processual de resolução coletiva de litígios de massa.

A *GLO* pode ser definida como uma determinação por meio da qual se estabelece um gerenciamento coletivo de demandas que versam sobre questões comuns ou relacionadas, de fato ou de direito, denominadas “questões de ordem de litígio em grupo” (*GLO issues*). Nas palavras de Marcos Araújo Cavalcanti¹¹⁰, trata-se de decisão judicial que instaura uma espécie de incidente de resolução coletiva de conflitos de massa, que pode ser por iniciativa própria ou por requerimento das partes. No entanto, o autor entende que a instauração da *GLO* deve ser compreendida como exceção, pois primeiramente o Tribunal deve dar preferência às ações coletivas e às regras de litisconsórcio.¹¹¹

No modelo inglês, ao contrário do alemão, há o julgamento pelo tribunal de um caso paradigma, sendo sua decisão vinculante para todos os demais processos com questões comuns ou relacionadas que constarem no registro efetuado pelo tribunal, podendo, ainda, vincular casos futuros inscritos no registro. Por este motivo, é considerado como causa piloto. A essência do mecanismo inglês, para Aluisio Mendes¹¹² é a ênfase na eficiência da gestão de processos.

¹⁰⁹ CAVALCANTI, op. cit. p. 51.

¹¹⁰ Idem. p.87.

¹¹¹ Idem, p. 89.

¹¹² [MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro](#) [et. al] . Livro III - Título I - Capítulo VIII - Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *In*: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Larissa Clare Pochmann da Silva; Marcelo Pereira de Almeida. (Org.). *Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado*. 4ed.Rio de Janeiro: GZ, 2017, v., p. 601-616.

Ademais, para o mesmo autor¹¹³, o novo instituto implementado no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante a fonte estrangeira, também encontrou raízes no processo civil do próprio país, nos denominados incidentes de recursos repetitivos anteriormente previstos nos arts. 543-B e 543-C do CPC/73 e, atualmente, nos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015.

4. Dinâmica Procedimental do IRDR

Como já tratado anteriormente, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas teve inspiração no procedimento modelo alemão. Todavia, durante o processo no âmbito do Senado federal e, principalmente, na Câmara dos Deputados foi atribuído um regramento próprio para o IRDR brasileiro.

Apesar de não estar expressamente dito, uma leitura mais atenta da regulamentação do IRDR verificará que o instituto somente poderá ser suscitado perante o Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal. A instauração do incidente não cabe diretamente nos Tribunais Superiores.

O Novo Código de Processo Civil não determina prazo específico para o requerimento de instauração do IRDR. Logo, é possível que o IRDR seja suscitado até o início da leitura dos votos na sessão de julgamento. O relator, nesse momento, dará conhecimento ao colegiado por ofício que irá suscitar o incidente sobre a matéria do caso concreto.

Para as partes, o juiz, o Ministério Público e a Defensoria Pública, somente é cabível o requerimento de instauração até o início da sessão de julgamento pendente no tribunal, já que o NCPC determina que o requerimento seja formulado por meio de ofício ou petição e que ainda não tenha sido iniciado o julgamento.

Ainda é possível que seja requerida a instauração do IRDR em sustentação oral, antes de iniciada a votação, podendo, assim, o relator ou o colegiado decidir pela a instauração do incidente. Se já tiver sido iniciado o julgamento, os interessados podem arguir a instauração do IRDR na pendência de qualquer outra demanda repetitiva no tribunal competente, que deve ser instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

¹¹³ Idem, p. 603 e 604.

Após a distribuição interna do requerimento do IRDR será examinado o seu juízo de admissibilidade pelo colegiado, devendo ser observado se estão presentes os pressupostos previstos no artigo 976, I e II do NCPC.

A redação inicial do anteprojeto e do PL 166/2010, estabelecida que no juízo de admissibilidade, o tribunal deveria considerar, além da satisfação dos pressupostos de admissibilidade, a “conveniência de se adotar a decisão paradigmática”, deixando implícito que a instauração do incidente estava sujeita ao juízo discricionário do órgão judicial competente. Durante a votação na Câmara dos Deputados, a expressão discricionária foi retirada do texto. Sendo assim, estando presentes os pressupostos de admissibilidade do IRDR, a instauração do incidente consistirá em poder-dever para os tribunais competentes.

Após a distribuição do requerimento de instauração IRDR, cabe ao colegiado competente julgá-lo, não podendo ser uma decisão monocrática.

Conforme o Enunciado 556 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis, a decisão do órgão colegiado que, em sede de juízo de admissibilidade, é irrecurável. Toda via se o IRDR não foi admitido por ausência de um dos requisitos, e uma vez presentes os requisitos, o incidente poderá ser suscitado novamente, de acordo com o artigo 976, parágrafo 3º, do NCPC.

Segundo o artigo 982 do Novo Código de Processo Civil, admitida a instauração do IRDR, o relator deverá: i) suspender a tramitação dos processos repetitivos pendentes (individuais ou coletivos) que tramitam no Estado ou na Região, conforme o caso; ii) requisitar informações ao juízo no qual tramita o processo que deu origem ao incidente, caso entenda necessário, que as deverá fornecer no prazo de 15 dias; e iii) intimar o Ministério Público para manifestar-se no prazo de 15 dias.

É importante observar que os processos suspensos apresentarão sua complexidade habitual. Esses serão suspensos pelo prazo de 1 ano, resguardados os casos de réu preso ou Habeas Corpus. Superado este prazo, cessa a suspensão desses processos, salvo decisão fundamentada do relator (art. 980, caput, NCPC).

Em relação ao disposto no art.982, I do NCPC, e o disposto no art., 313, inc. IV do mesmo diploma, há uma aparente contradição, enquanto aquele diz que é o relator quem deve determinar, por meio eletrônico, a suspensão dos processos repetitivos pendentes,

esse último estabelece os processos serão suspensos automaticamente a partir da decisão de admissão do IRDR.

Analisando, em conjunto, os dois dispositivos, podemos chegar à conclusão que, a consequência normal da decisão é suspender a tramitação dos processos repetitivos pendentes. Cabendo ao relator comunicar por meio eletrônico a decisão de admissibilidade, observando que os processos repetitivos pendentes tiveram a tramitação suspensa.

A consequência principal da decisão de admissibilidade do IRDR é a suspensão da tramitação dos processos repetitivos. Sendo assim, a decisão de admissibilidade do IRDR proferida pelo órgão colegiado sobrestará automaticamente todos os processos que versem sobre a mesma matéria, ao relator do incidente caberá comunicar tal decisão aos órgãos jurisdicionais.

O prazo para o julgamento do incidente está exposto no artigo 980, do NCPC, que estabelece que o mérito deve ser julgado em um ano, tendo preferência sobre os demais e ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. Findo o prazo, deve cessar a suspensão dos processos repetitivos, que devem seguir sua tramitação, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

Existindo decisão do STF e/ou do STJ no sentido de ampliar a eficácia suspensiva para alcançar todos os processos repetitivos em tramitação no território nacional, como afirma o artigo 982, parágrafo 3º do NCPC, cessarão os efeitos da decisão, salvo se o ministro relator decidir fundamentadamente de forma contrária.

O termo inicial do referido prazo de um ano não foi estabelecido no NCPC, logo o mais coerente é considerar o termo inicial do prazo o dia em que a decisão de admissibilidade (ou a decisão do STF ou STJ que determina a suspensão de todos os processos em território nacional) foi publicada na imprensa oficial.

Concluídas as diligências instrutórias, o relator solicitará data para o julgamento do incidente (art. 983, parágrafo 2º, III do NCPC).

O artigo 12, par. 2º, do NCPC estabelece que os juízes e os tribunais deverão obedecer a ordem cronológica de decisão para proferir sentença ou acórdão. Mas o próprio artigo, no parágrafo 2, II, excluí o IRDR dessa ordem cronológica.

No julgamento do incidente deve ser observado: i) o relator fará exposição do incidente; ii) o autor e o réu do processo originário poderão sustentar oralmente bem como o representante do Ministério Público, pelo prazo de 30 minutos cada; iii) sustentarão os

demais interessados, no prazo de 30 minutos, divididos entre eles, sendo exigida a inscrição com 2 dias de antecedência, o tempo poderá ser dilatado considerando a quantidade de inscritos.

O acórdão do IRDR deve manifestar sobre todos os fundamentos concernentes à tese objeto em análise.

Uma vez julgado, a tese firmada no incidente será aplicada: i) aos processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem em juizados especiais do respectivo Estado ou região; ii) salvo revisão (art. 986), aos processos futuros, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica controvérsia e venham a tramitar no território no território de competência do tribunal.

A revisão da tese jurídica firmada no incidente será feita pelo mesmo tribunal de ofício ou mediante requerimento dos legitimados no art. 977, inciso III.

O NCPC estabelece, no art.987, que contra a decisão que julga o mérito do incidente cabe a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso. O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão de questão constitucional porventura discutida. E por fim, apreciado o mérito do recurso, a tese adotada pelo STF ou STJ será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que tratem de idêntica questão de direito.

5. Importância do regimento interno dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais para efetivação do IRDR

O Código de Processo Civil de 2015 ao disciplinar o IRDR nos artigos 976 a 987, estabeleceu normas para instauração, procedimento, revisão, dentre outras. Contudo, não houve o esgotamento da disciplina e percebeu-se a necessidade de complementação da norma, diante da ausência de regramento detalhado para e efetiva implementação do novo instituto.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr¹¹⁴:

“(...) talvez por se tratar de instituto sem correspondente na legislação processual revogada, relevantes aspectos não foram disciplinados pelo Código,

¹¹⁴ [DIDIER Jr., Fredie](#); TEMER, Sofia. *A decisão de organização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Importância, Conteúdo e o papel do regimento interno do Tribunal*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 258, p. 258 e 259.

notadamente os que dizem respeito ao procedimento a ser adotado logo após o pedido ou ofício de instauração e a decisão de admissão do incidente.”

Com isso, o regimento interno dos tribunais tem papel fundamental para preencher as lacunas da lei processual.

O regimento interno deve criar ou indicar qual será o órgão colegiado apto a julgar o IRDR, bem como qual será o critério de escolha do ou dos casos representativos da controvérsia, que seguirá(ão) para instrução e julgamento da tese, dentre outras importantes questões que deverão ser disciplinadas pelo regimento interno.

Um importante ponto que deve ser bem detalhado no regramento interno dos tribunais se refere a identificação e delimitação da questão repetitiva, para que possa afetar de forma eficaz todas as demandas com idêntica questão de direito, cujas decisões possam trazer insegurança jurídica e risco a isonomia. Uma identificação imprecisa pode culminar em prejuízos imensuráveis para as partes que tiverem seus processos suspensos equivocadamente.

Nessa perspectiva Fredie Didier Jr. entende que será na decisão de admissibilidade do incidente que estas questões deverão estar bem delimitadas:

“A decisão de organização é essencial para: (i) identificação precisa do objeto do incidente; (ii) escolha, se necessário, dos casos representativos da controvérsia; (iii) definição de critérios para a participação de terceiros, seja como amicus curiae, seja como sujeitos juridicamente interessados, inclusive definindo uma possível calendarização do procedimento do incidente; (iv) comunicação aos interessados e à sociedade sobre a afetação da matéria; (v) comunicação aos juízos inferiores sobre a suspensão das demandas que versem sobre a questão submetida a julgamento.”

Mesmo antes da entrada em vigor da nova lei processual, os tribunais estaduais e regionais federais começaram a se movimentar para adequarem seus regimentos e atenderem os anseios do Novo Código de Processo Civil.

Hodiernamente é possível verificar que todos os 27 tribunais estaduais brasileiros realizam adequação dos seus regimentos internos para a efetivação das diretrizes no NCPC.

Em uma análise panorâmica, a partir de dados coletados através de pesquisa empírica de autoria de pesquisadores da Universidade Católica de Petrópolis ¹¹⁵, pode-se

¹¹⁵ Trata-se de pesquisa sobre o sujeito processual responsável pela instauração do IRDR nos tribunais estaduais brasileiros, desenvolvida pelo Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida e seus pesquisadores na Universidade Católica de Petrópolis, cujo resultado foi apresentado no III Seminário Internacional de Direitos Humanos Fundamentais da Universidade Federal Fluminense em agosto de 2017.

observar que, até o momento, foram admitidos 74 incidentes de resolução de demandas repetitivas em todos os tribunais estaduais brasileiros, sendo 51 de ofício (68,91%); 21 por parte (28,37%), dos quais 5 por pessoa física (6,75%), 4 por pessoa jurídica de direito privado (5,40%) e 12 por pessoa jurídica de direito público (6,25%); e 2 pelo Ministério Público (2,70%).

Desses, nos Estados do Rio de Janeiro (8), Paraná (6), Espírito Santo (5), Rondônia (2), Ceará (1), Alagoas (1) e Amazonas (1) os IRDR's admitidos foram instaurados de ofício em 100% dos casos.

Com a pesquisa, verifica-se que a grande maioria dos Tribunais que possuem incidentes admitidos foi proposta pelo próprio magistrado ou desembargador, de ofício. A partir daí, surge a discussão sobre o verdadeiro objetivo do IRDR, se proporcionar maior acesso efetivo à justiça (acesso substancial), ou apenas uma forma de gestão judiciária.

Na pesquisa mencionada, os pesquisadores entenderam que em que pese o discurso de justificação ser pautado pela necessidade de tornar efetiva a tutela de direitos a partir da busca por maior eficiência na prestação jurisdicional visando conferir uniformidade na aplicação do direito pelos tribunais, a partir dos dados coletados, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem sido utilizado preponderantemente pelo próprio Estado e que, na grande maioria, a instauração se deu de ofício, sendo possível questionar, portanto, a aptidão deste modelo em proporcionar acesso substancial à justiça.

Conclusões

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é fruto do Novo Código de Processo Civil. Como se sabe, o NCPC possui uma roupagem nova e contemporânea, com enfoque na resolução dos conflitos, fugindo dos parâmetros individualistas que, como já demonstrado no transcorrer deste trabalho, deram origem a concepção do direito processual brasileiro.

Além disso, o NCPC estabelece um sistema de precedentes que deve ser observado pelo órgão julgador quando da tomada de decisão. Logo, o IRDR, visto sua natureza procedimental, também busca a uniformização de decisões, em prol da contingência do acúmulo de ações repetitivas.

Contudo, por ser oriundo do NCPC, o IRDR também é um instituto muito novo, logo está sujeito a amplo debate. Desta forma, como não poderia ser diferente, muitas discussões, divergências, prós e contras são apontados quando falamos deste instituto.

Em que pese a existência de opiniões divergentes, é unânime o entendimento de que o IRDR é um mecanismo com caráter inovador, que busca modificar a forma na qual o procedimento processual é atualmente compreendido no ordenamento jurídico brasileiro.

Também é de consenso geral que o atual modelo processual causou um abarrotamento dos Tribunais e conseqüentemente, a morosidade da condução dos processos e a demora demasiada na prestação jurisdicional são dificuldades diariamente enfrentados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim, o IRDR pode ser uma válvula de escape para descongestionar a tão característica repetitividade das demandas jurídicas diariamente multiplicadas em todos os Tribunais do país.

Obviamente, a tarefa não será fácil, mas sim, árdua, haja vista que para que a mudança pretendida se efetive, será necessária a realização de uma verdadeira transformação no judiciário brasileiro.

De todo modo, em que pese mudanças serem sempre assustadoras, a repaginação do nosso sistema processual é essencial para o desenvolvimento do nosso ordenamento jurídico, contribuindo para o acesso à justiça e a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Bibliografia

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *A jurisdição na perspectiva publicista e privatista no contexto da solução de demandas individuais de massa* - Notas sobre o incidente de resolução e demandas repetitivas previsto no PLS166/10. Revista eletrônica de direito processual, 2011, v. 7, p. 158-175.

_____. *Precedentes Judiciais* - Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Capítulo VIII - Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Arts. 976 a 987. In: José Rogério Cruz e Tucci; Manoel Caetano Ferreira Filho; Ricardo de Carvalho Aprigliano; Rogéria Fagundes Dotti; Sandro Gilbert Martins. (Org.). *Código de Processo Civil Anotado*. 1ªed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 1338-1345.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; TEMER, Sofia. *A decisão de organização do Incidente de Resolução*

de Demandas Repetitivas: Importância, Conteúdo e o papel do regimento interno do Tribunal. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 258, p. 257-278.

_____; ZANETI JR., H.. *Ações coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – Espécies de Processo Coletivo no Direito Brasileiro: Aproximações e Distinções.* Revista de Processo, 2016, v. 256, p. 209-216.

_____; CUNHA, L. J. C. (Org.). *Grandes Temas do novo CPC - Julgamento de casos repetitivos.* 1. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. v. 1. 478p

GIDI, Antonio; MAC-GRECOR, Eduardo Ferrer. *La Tutela de Los Derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos.- Hacia um código modelo para iberoamérica.* 2. Ed. México: Editoria Porrúa, 2004.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais.* Vol 3. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Capítulo VIII - Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - art. 976 a 987. In: Lenio Luiz Sreck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* 1ed.São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1271-1293.

_____; _____. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil.* Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 243, p. 283-331.

_____. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017.

NUNES, Dierle. *O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido.* Disponível em <http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em 31 jul. 2017.

PIMENTEL, Guilherme Gomes e VELOSO, Cynara Silde Mesquita. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Previsto no Novo Código de Processo Civil, à Luz do Acesso Efetivo à Justiça e do Estado Democrático de Direito,* in RDC nº 86, Nov.Dez/2013

SILVA, Acioli Viana; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro ; SILVA, L. C. P. ; ALMEIDA, Marcelo Pereira de . Livro III - Título I - Capítulo VIII - Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Larissa Clare Pochmann da Silva; Marcelo Pereira de Almeida. (Org.). *Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado.* 4ed.Rio de Janeiro: GZ, 2017, v., p. 601-616.

STINGLITZ, Gabriel A. *Las Acciones Colectivas em Proteccion Del Consumidor.* Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 15, p.21-27.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: projeções em torno de sua eficiência.* Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 41, p. 359-387.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.* 2ª Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

WAMBIER, Theresa Arruda Alvim... [et al.]. *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*, 1 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AS AÇÕES COLETIVAS E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Tatiana Balderrama

Larissa Peralta

Elza Caroline

Juliana Leão

Agnes Do Nascimento

Resumo

O CPC de 2015, vigente desde 17 de março de 2016, trouxe algumas inovações, dentre elas a possibilidade da resolução de demandas repetitivas através da instauração de um incidente processual, com objetivo de uniformizar a jurisprudência e conferir maior isonomia e segurança as partes na entrega da tutela jurisdicional, de modo a torná-la mais efetiva e justa.

Partiremos da premissa de que ambos são instrumentos de tutela coletiva de direitos, entendendo como tal, todo aquele pertencente ao gênero processo jurisdicional: procedimento (ato complexo) destinado à produção de norma jurídica em razão do exercício da jurisdição . O processo coletivo, lato sensu, é gênero, verdadeiro eixo do qual se originam, de um lado os direitos essencialmente ou ontologicamente coletivo, os também denominados supraindividuais ou metaindividuais, que são os direitos difusos e os direitos coletivos em sentido estrito; e de outro lado os direitos acidentalmente coletivos ou direitos individuais homogêneos .

O presente estudo estará voltado para o aspecto comparativo, entre as similitudes e diferenças entre o direito individual homogêneo e o incidente de resolução de demandas repetitivas, identificando-as e sistematizando suas aplicações ao longo do artigo.

Palavras-Chave: Ação coletiva – IRDR- segurança jurídica

Introdução

Este trabalho visa discorrer sobre as possibilidades dadas pelo ordenamento jurídico brasileiro para a defesa de direitos que, por alguma ligação entre seus motivos de existência possam ser analisados e julgados de forma uniforme e objetivando sempre a garanti da segurança jurídica nos julgamentos, bem como a celeridade processual e a eficácia dos efeitos às partes.

Neste sentido, o legislador vem ao longo dos tempos tratando de normatizar mecanismos que visem a unificação de pretensões jurídicas e de ocorrências, mesmo que interlocutórias, que tratem do mesmo assunto, para tirar o risco à segurança da coisa julgada e dar equidade às decisões, sobretudo fazendo valer aquele parecer emitido sob as demais e futuras proposituras sobre o mesmo tema.

Alguns destes meios são os conhecidos institutos das Ações coletivas e suas subespécies; e os recém formalizados Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva – IRDR e os Recursos Especial e Extraordinário Repetitivo – REER - sendo estes dois trazidos pelo NCPC como parte do chamado “microsistema de formação de precedentes vinculantes – como descreve Alexandre Câmara em texto ao Conjur¹¹⁶.

Por essa razão, vamos nos debruçar sobre a análise das Ações Coletivas e IRDR, que em suas diversas semelhanças tem ocasionado uma série de dúvidas entre os operadores do direito, haja vista que em um primeiro momento os institutos parecem ter o mesmo objeto e finalidade.

É sabido que o grande número de ações submetidos ao crivo do Poder Judiciário pode acarretar consequências perigosas para a qualidade das análises – sejam elas de direito ou mérito – e como resultado, trazer a possibilidade de julgamentos que versem sobre uma mesma questão de direito obterem resultados completamente distintos, levando em conta seu local e/ou momento de distribuição da ação.

¹¹⁶ “O novo CPC cria um microsistema de solução de casos repetitivos, [4] formado pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e pelos recursos repetitivos, cujas disposições devem ser interpretadas em conjunto. Neste sentido, o enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”. Existe, ainda, no novo CPC, um microsistema de formação de precedentes (enunciados 459 e 460 do FPPC). Resulta daí que as disposições do novo CPC acerca de cada integrante desses microsistemas são supletivamente aplicáveis aos demais.” (OPINIÃO - Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes - Alexandre Freitas Câmara-<http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>)

Outrossim, é mister destacar que existem direitos que recaem sobre diversas pessoas, físicas ou jurídicas, seja por elo de habilitação para exercê-lo ou por semelhança entre eles.

As ações coletivas e os incidentes de demandas repetitivas, como já inicialmente dito acima, são meios processuais que buscam assegurar a isonomia, a efetividade e a celeridade dos processos judiciais

Antes de vermos as diferenças e semelhanças, bem como a possibilidade de encontro entre eles, é importante destacar que, até que sejam emitidas decisões/pareceres sobre as questões controversas, nos dois casos haverá imediata suspensão das ações que estiverem em curso ou as que pretendam ser propostas que versem sobre aquela matéria objeto de análise sobre o crivo desses institutos, com a finalidade dar preferência ao veredito dado em sede dos institutos – ou seja, de modo coletivo.

1. IRDR

Para entender tal mecanismo, precisamos compreender o objeto que se pretende proteger por meio do artigo 976 NCPC.

As demandas repetitivas serão identificadas quando houver um número expressivo de ações submetidas ao Poder Judiciário que versem sobre a mesma causa de pedir, ou seja, questões de direito, e que por sua multiplicação, estejam colocando em risco a isonomia e a segurança jurídica dos julgamentos (art. 976 e ss – NCPC).

Insta destacar o quesito “expressivo número de ações” pois, este é a base que irá justificar a suscitação do Incidente. Conforme traz o parágrafo I do art. 976, há a necessária identificação de repetidas ações com mesma causa de direito para justificar unificação de decisões, haja vista que processos individuais (serão atingidos por uma única normatização vinculante, dada pelo Poder Judiciário, deixando de ser apreciada de forma individual.

Quando falamos em ações individuais, destacamos que estas podem ainda ser resultado de ações coletivas que tenham por objeto direito individual homogêneo, ou seja, aquelas em que ficam declaradas as habilitações para exercício de tal direito, porém, restam a necessidade de ação para exercício efetivo daquele direito. Ou seja, há possibilidade de IRDR em ações decorrentes de processos coletivos.

2. Ações Coletivas

Nosso país foi pioneiro no tratamento das questões de interesse coletivo, tanto que, já na reforma da lei de Ação Popular (Lei 4717/65), dada pela Lei 6513/77 há a ampliação do escopo dos tipos de patrimônio público passíveis de proteção.

Outros marcos na defesa de direitos coletivos são o advento das Leis 6938/81, que em seu § 1º do art. 14 legitima o Ministério Público à atuar nas ações ambientais e, finalmente, a Lei 7.347/85, a famosa Lei da Ação Civil Pública, que surge para disciplinar a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, ao meio-ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e que teve seu rol ampliado com advento de leis posteriores, com destaque para a inclusão trazida pelo do Código de Defesa do Consumidor, que permite a propositura de ação em hipóteses de qualquer interesse difuso ou coletivo.

A atual configuração das relações sociais, que aumentaram e diversificaram os tipos de vínculo estabelecidos entre as pessoas físicas e/ou jurídicas, as diversas divergências criadas partir dessa massificação das relações, um recente movimento de reconhecimento de direitos comunitários – todos esses exemplos demonstram a necessidade da instituição de instrumentos processuais que tenham real eficácia na proteção às lesões coletivas de direitos.

O legislador nas últimas 3 décadas tem procurado evitar a repetição de semelhantes processos e a proliferação de decisões contraditórias entre os juízes.

Por isso subsiste a preocupação do legislador brasileiro em relação à instituição de uma melhor organização e sistematização de meios processuais para tutela judicial e extrajudicial de direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Aqui no Brasil os direitos coletivos, em sentido amplo, são aqueles divididos em difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos (art. 81 da Lei 8.078/90).

A ação que permite o exercício de tais direitos é a chamada ação coletiva, ou também chamada “ação civil pública”

Aqueles direitos que possuem como legitimado toda a sociedade, ou seja, aqueles direitos que poderiam ser pleiteados “por todos”, são os chamados DIREITOS COLETIVOS, na materialidade do termo¹¹⁷.

¹¹⁷ “Nestes casos – direito materialmente difuso – a disciplina processual deve focar na legitimidade para ajuizamento da ação, considerando que o direito não pertence individualmente a ninguém. Afinal, pertencendo o direito a todos, a quem caberia, em caso de ofensa, buscar sua proteção no Poder Judiciário?”

Porém, como tratar deste direito tutelados aos cidadãos para defesa de coisa pública, sem que haja a repetição de demandas. Na possibilidade de ingresso de várias ações individuais que visem a defesa de direito coletivo, teremos diversas sentenças que divergirão uma da outra, um risco para a isonomia e principalmente para a segurança jurídica das sentenças.

É necessário pensar que existem também aquelas hipóteses de afronta a direitos naturalmente individuais, mas que, por conta da sua natureza e seu apelo, acabam por atingir um grande número de pessoas, o que certamente irá levar o Judiciário a receber muitas demandas da mesma natureza.

Para casos como estes, o indivíduo que teve seu direito lesado poderá naturalmente pôr em prática seu direito de ação e ingressar com um processo para ver seu direito protegido. Contudo, não obstante a intensão de análise individual daquela ação, por respeito a princípios básicos processuais, tais como da economia processual, ao princípio da isonomia e o mais importante, o princípio da segurança jurídica dos julgamentos, foi sendo construído ao longo dos anos o mecanismo da Ação Coletiva, onde o debate sobre aquela questão se juntará as demais ações com mesmo interesse, e seu julgamento terá eficácia vinculante.

3. O IRDR E A Suspensão Dos Processos Em Curso

As ações coletivas e os incidentes de demandas repetitivas, como pontuado anteriormente, são mecanismos processuais que buscam garantir a isonomia, a efetividade e a celeridade dos processos judiciais, diante de uma realidade fática que leva à massificação de demandas judiciais.

Ambos os institutos estabelecem a suspensão das ações em curso na hipótese de pendência de decisão acerca do objeto controvertido, sendo a suspensão o meio de dar preferência à solução do litígio pela ação coletiva.

Uma das inovações do IRDR no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito à suspensão dos processos em curso é a suspensão das demandas a partir da instauração do incidente, independente de manifestação de vontade das partes.

Neste ponto, o IRDR difere do que estava estabelecido em lei para as ações coletivas⁴ que condicionava a suspensão das ações em curso à manifestação de vontade expressa das partes, o que muitos autores criticavam como sendo um incentivo à massificação de demandas e à litigiosidade.

Se o direito é de todos e materialmente indivisível, os efeitos da decisão são necessariamente erga omnes, independentemente de qualquer afirmação legal neste sentido.” (Leonardo Rosco e Bessa - Procurador-Geral de Justiça, em seu artigo para o site do MPDFT)

Neste sentido e considerando a busca pela solução da massificação das demandas individuais o STJ decidiu pela possibilidade de suspensão das demandas independente da vontade das Partes, em defesa da efetividade da justiça⁵, decisão que foi aplaudida por parte da doutrina, mas ainda causava divergências.

Donnizetti e Cerqueira, por exemplo, criticavam o entendimento, por considerar que sem que haja fixação de prazo limite para a suspensão e a possibilidade de concessão de medidas de urgência, a suspensão automática das ações estaria sendo violado o princípio da razoável duração do processo (2010, p.239-240).

Analisando o instituto do IRDR, sendo este uma das particularidades inauguradas pelo Novo Código de Processo Civil na busca pela diminuição das demandas massificadas, faz-se importante destacar o alcance e forma de aplicação da suspensão das ações individuais com o novo instituto que difere dos institutos anteriormente presentes no ordenamento jurídico brasileiro, as ações coletivas e os recursos repetitivos.

O novo Código de Processo Civil normatizou a tendência no ordenamento jurídico brasileiro que dá grande importância à jurisprudência, como forma de garantir a isonomia e a segurança jurídica.

Conforme disposto no Código de Processo Civil, uma vez admitido o IRDR o relator deve determinar a suspensão dos processos e dos recursos, individuais ou coletivos, que tramitem na região de competência de atuação do tribunal, quando discutam a mesma questão objeto do incidente admitido:

Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

O código estabeleceu expressamente que durante o pedido de suspensão será possível realizar pedidos de tutela de urgência dirigindo-o ao juízo originário do feito paradigma do IRDR:

Art. 982. § 2o Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

Pode-se afirmar ainda, que o IRDR inova uma vez que a suspensão será automática, havendo prazo de 1 (um) ano para julgamento do incidente e a possibilidade de concessão de medidas de urgência, conforme disposto expressamente nos artigos 980, p.u. e 982, I, §2º, CPC/2015 e não havendo que se falar nas críticas anteriormente feitas pela doutrina. Estabelece o Art. 980, p.u.:

“Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.”

Após admitido o incidente, o código prevê ainda, fazendo referência expressa a defesa da segurança jurídica, a possibilidade de qualquer dos legitimados do art. 977,

incisos II e III requerer ao STF ou STJ a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso e a serem proposta no território nacional que versem sobre a mesma questão do IRDR:

Art. 982. § 3o Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Considerando a possibilidade de que os todos os processos fiquem suspensos em âmbito nacional, sendo inegável o caráter positivo do instituto inaugurado para a garantia da isonomia, é necessário discutir o alcance dessa suspensão à luz dos princípios do acesso à justiça e da razoável duração do processo e o fato de que é comum que processos tratem de questões diferentes, possuindo pedidos complexos e havendo várias matérias a serem decididas.

Aqui, faz-se necessário pontuar que o Art. 354, parágrafo único do CPC/2015, admite expressamente a sentença interlocutória de mérito (parcial):

Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento.

Logo, o que se vislumbra é que, de acordo com a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, caso haja suspensão dos processos em razão da pendência de julgamento do IRDR, esta deveria se aplicar tão somente à parcela do processo que trate da mesma questão que se discute no incidente.

A doutrina vem entendendo que que a suspensão do processo deve ser parcial, considerando que a suspensão integral do processo poderia gerar demora na resolução de questões sem qualquer ligação com o que se discute no IRDR, sendo este o entendimento de Lenio Streck e Daniel Assumpção¹¹⁸.

Neste sentido, foi editado o Enunciado 205 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que estabelece:

“205. (art. 982, caput, I e §3º). Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e §3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido

¹¹⁸ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Orberg Temer. Comentários ao artigo 982 do CPC/2015. In: Streck, Lenio Luiz; Nunes, Dierle; Cunha, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1286. Nesse sentido também: Daniel Amorim Assumpção Neves. Novo Código de Processo civil comentado artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 1606; José Miguel Garcia Medina. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1445: “A redação do art. 982, I, do CPC/2015 sugere que a suspensão dos processos é integral e inexorável. Não nos parece, contudo, que seja assim. Pode-se, por exemplo, estar diante de questão de direito processual que não impeça a tramitação do processo, para que se realizem atos que não serão atingidos pela decisão que julgar o incidente.

pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas. (Grupo: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Assunção de Competência)”.

Portanto, havendo pedidos complexos, em respeito a duração razoável do processo e à efetividade, não há justificativa para que se suspenda a integralidade da demanda, causando demora desnecessária para a análise de questões que podem inclusive impossibilitar a continuidade da demanda, por exemplo a hipótese de haver prescrição. Assim entendeu Teresa Arruda Alvim¹¹⁹:

“A nosso ver, a prescrição deve ser reconhecida, inclusive de ofício, tão logo seja possível, nas ações cujo procedimento tenha sido sobrestado, pois se trata, aqui, de questão dita preliminar de mérito, que pode ser examinada independentemente do mérito propriamente dito. Isso porque, quando se decide pela ocorrência da prescrição elabora-se proposição hipotética: ainda que o autor tivesse direito, não poderia pleiteá-lo, pois há o embaraço da prescrição. Ou seja, não há incursão no mérito, na lide, na pretensão do autor, propriamente ditos.”

Por fim, concluindo a breve análise sobre a suspensão dos processos após a instauração de IRDR, importante pontuar como outros países tratam a massificação das demandas e estabelecem institutos semelhantes ao incidente de demanda repetitivas, sob uma perspectiva comparada.

No modelo inglês, o Group Litigation Order (GLO), que permite ao Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, uma vez constatado a potencial ou real multiplicidade de ações, instaurar o incidente identificando as questões relevantes para o julgamento dos processos¹²⁰, optou-se pelo modelo *opt-in*, ou seja, devem as partes interessadas em ingressar no processo se manifestarem no prazo legal, caso contrário, deverão propor demandas individuais que, por sua vez, serão alcançadas pela decisão modelo.

Na Espanha por sua vez, o mecanismo denominado processo exemplar, estabelece a possibilidade do órgão jurisdicional determinar a suspensão de todas as demandas que versem sobre questões idênticas aguardando o julgamento de demanda teste (exemplo) e fixação do precedente¹²¹. No entanto, o ordenamento espanhol permite aos autores dos

¹¹⁹ Arruda, Teresa Alvim, CPC abre debate sobre alcance de suspensão de ações em repetitivos, Revista Consultor Jurídico, 11 de junho de 2017, disponível em http://www.conjur.com.br/2017-jun-11/teresa-alvim-cpc-abre-debate-suspensao-acoes-repetitivos#_ftn4

¹²⁰ Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF), disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/73sz1nf2/0JJBMIJ0I3I2tSg1.pdf>

¹²¹ Lei 29/1998 em seus artigos 37 e 111

“Artículo 37. 1. Interpuestos varios recursos contencioso-administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 34, el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas.

2. Cuando ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional, si no se hubiesen acumulado, deberá tramitar uno o varios con carácter preferente previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros.

3. Una vez firme, el Secretario judicial llevará testimonio de la sentencia a los recursos suspendidos y la notificará a los recurrentes afectados por la suspensión a fin de que en el plazo de cinco días puedan

processos suspensos requerer o prosseguimento do feito, a desistência ou a aplicação dos efeitos da decisão a sua ação.

Neste ponto, parece acertada a opção do legislador espanhol que ao dar a opção da parte decidir pela suspensão da demanda pode evitar a paralisação do processo em fase inoportuna, prejudicando o acesso à justiça.

Destaca-se ainda que existem institutos semelhantes ao IRDR, inaugurado no sistema brasileiro com o novo código de processo civil, em Portugal e na Alemanha, tendo sido o modelo alemão – *Musterverfahren*, a inspiração para o desenvolvimento do modelo brasileiro¹²².

Portanto, o que se depreende dessa breve análise é que a preocupação com a massificação das demandas individuais e a criação de institutos que tem por fim garantir a celeridade, efetividade e isonomia no julgamento dessas demandas, não são exclusivas do Brasil, estando os institutos presentes em diversos e distintos ordenamentos jurídicos, havendo semelhanças e divergências entre eles, sobretudo no que diz respeito à suspensão das ações em curso.

4. Da Vinculação Da Tese Do Julgado No IRDR

No direito brasileiro, as situações jurídicas coletivas podem ser tuteladas por dois tipos de instrumentos: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Pode-se dizer que o julgamento de casos repetitivos tem alguns propósitos, que de acordo com Didier, seriam:

- a) Definir a solução uniforme a uma questão de direito que se repete e processos pendentes, permitindo o julgamento imediato de todos eles em um mesmo sentido;
- b) Eventualmente, uma vez observadas as exigências formais do sistema de precedentes brasileiros, produzir precedente obrigatório a ser seguido em processos futuros, em que essa questão volte a aparecer.¹²³

interesar la extensión de sus efectos en los términos previstos en el artículo 111, la continuación del procedimiento o bien desistir del recurso.

Artículo 111.

Cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2, una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el pleito que se hubiere tramitado con carácter preferente, el Secretario judicial requerirá a los recurrentes afectados por la suspensión para que en el plazo de cinco días interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del recurso.

Si se solicitase la extensión de los efectos de aquella sentencia, el Juez o Tribunal la acordará, salvo que concurra la circunstancia prevista en el artículo 110.5.b) o alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contempladas en el artículo 69 de esta Ley.” Disponível em <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718> Acessado em 17/09/2017.

¹²² Disposto no Anteprojeto do CPC, disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acessado em 17/09/2017.

¹²³ Didier Jr., Fredie; Hermes Zaneti Jr. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 10.ed. Salvador: Ed. Juspodium, 2016. Pag. 91

Zaneti sustenta, porém, que caso o indivíduo não quisesse ser atingido pela incidência da decisão que firmou a tese jurídica, era preciso que o membro do grupo permanecesse com o processo em andamento - por isso, o artigo 10140, paragrafo 2º, permite que o membro do grupo desista do seu processo, saindo do âmbito de incidência do julgamento de casos repetitivos – ou que propusesse uma demanda, de modo a que a decisão fosse aplicada também ao seu caso.¹²⁴

Tradicionalmente, existia uma preferência em relação à tutela individual sobre a coletiva. Isso porque, a coisa julgada no processo coletivo de tutela de direitos individuais homogêneos operava somente para beneficiar os particulares, nunca para denegar-lhes direitos em decorrência da eventual improcedência do pleito coletivo.

Dessa forma, o titular individual que quisesse discutir em juízo a sua situação particular poderia propor sua demanda, já que não ficava vinculado à coisa julgada decidida no processo coletivo.

Assim, a decisão em processo coletivo atingiria o indivíduo apenas para beneficiá-lo, e caso ele não estivesse satisfeito com a decisão, poderia ajuizar demanda para pleitear seu direito de forma individual. O que era um contrassenso, pois colocava a tutela individual em condição de superioridade, em detrimento da tutela coletiva. Ademais, havia a possibilidade de existirem para uma mesma situação decisões contraditórias, com a improcedência da ação coletiva e a procedência da ação individual.

Nesse sentido é o Código de Defesa de Consumidor, em seu artigo 103, que sustenta que o julgado coletivo não impede a multiplicação de demandas individuais sobre a mesma questão. Inclusive, a improcedência do julgado coletivo não atingiria o litigante individual.¹²⁵

Resta evidente, portanto, que a improcedência das ações coletivas não impedem a rediscussão da mesma matéria de fato e de direito em ações individuais. Logo, a coisa

¹²⁴ Didier Jr., Fredie; Hermes Zaneti Jr. Op. Cit. pag. 401

¹²⁵ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

(...)

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

(...)

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. (grifou-se)

julgada só teria lugar quando se prestasse a beneficiar, e não denegar, direito aos titulares individualmente considerados. Por esse motivo, as ações coletivas não conseguiam controlar a multiplicação de demandas individuais.

Nesse contexto, surge o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) que segue uma lógica mais incisiva e que dá maior isonomia, pois a tese jurídica vencedora no incidente será aplicada obrigatoriamente aos processos sobrestados e aos futuramente intentados. Podendo, inclusive, a tese firmada no IRDR produzir eficácia vinculante pro et contra (coisa julgada ocorre qualquer que seja o resultado da causa, favorável ou não ao autor).¹²⁶

Verifica-se, portanto, que os efeitos da decisão do IRDR sobre o plano individual são mais amplos do que ocorre no processo coletivo, considerando o trânsito em julgado de ação coletiva e a coisa julgada a atingir processos individuais futuros.

Observa-se que a limitação é ilegítima, visto que assemelha-se àquela vindicada pelo art. 16, da Lei 7.347/85, em sede de processo coletivo que confina a tutela coletiva de direitos individuais:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Com o julgamento do IRDR, a tese jurídica fixada deverá ser aplicada a todos os processos individuais e coletivos que versem sobre idêntica questão, não somente aos processos que estavam tramitando e estão suspensos, mas também aos processos futuros que venham a tramitar no território de competência do tribunal.¹²⁷

É certo que, se o IRDR for julgado em última instância pelo STF ou STJ, a tese nele fixada será aplicada a todos os processos do país. Se for decidido por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, a tese será aplicada somente aos processos que se encontrem nos limites da competência territorial dessas cortes. Neste sentido é o § 2º do artigo 987, do CPC/2015:

¹²⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

¹²⁷ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do [art. 986](#).

§ 2º *Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.*

O IRDR é baseado na ideia de estabilidade e uniformização da jurisprudência, verdadeira tendência da legislação do novo código processual. Assim, o CPC previu meios para que o instituto do IRDR lograsse êxito: a inobservância da eficácia vinculante do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas permite a propositura de reclamação constitucional, nos termos do art. 485, § 1º.¹²⁸

Entretanto, Daniel Assumpção sustenta que há uma grande preocupação com a obrigatoriedade de fundamentação real e exauriente do acórdão, isso porque seu julgamento formará um precedente vinculante.

*"Segundo o art 985, I, do Novo CPC, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que transitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região. Trata-se de eficácia vinculante, obrigatória, do precedente criado no julgamento do IRDR."*¹²⁹

Daniel Assumpção reitera ainda que a tese jurídica fixada no incidente também será aplicada nos casos futuros que versarem sobre a mesma questão de direito e que venham a transitar no território de competência do respectivo tribunal.

O autor, por outro lado, lembra que é possível que haja revisão da tese jurídica fixada, desde que feita pelo próprio tribunal que julgou o IRDR, pois caso qualquer juiz pudesse entender que o precedente estaria superado, a eficácia vinculante do julgamento do incidente ficaria comprometida.

Inegavelmente, há uma notável inovação processual, uma vez que o efeito vinculativo do incidente ainda poderá ser utilizado pelo juiz para julgar liminarmente o pedido e pelo relator, para negar seguimento ou dar provimento imediato a recurso.¹³⁰

¹²⁸ Art. 988. *Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:*

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

¹²⁹ Neves, Daniel Amorim Assumpção, Manual de Direito Processual Civil, volume único, 8.ed., Salvador: Ed. Juspodium, 2016. Pág 1413

¹³⁰ Art. 932. *Incumbe ao relator:*

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Isso porque, após firmada a tese jurídica pelo tribunal no IRDR, se proposta alguma demanda cujo fundamento a contrarie, o juiz poderá liminarmente indeferir o pedido, independentemente da citação do réu, caso não haja necessidade de produção de provas.¹³¹

Por todo exposto, é fundamental que seja dada publicidade ao julgamento do incidente.¹³²

5. As Possíveis Inconstitucionalidades Do Instituto

Ainda sobre o tema, imprescindível se faz observar que a doutrina já tem sinalizado algumas possíveis inconstitucionalidades decorrentes do texto legislativo.

Embora o IRDR tenha como objeto assegurar eficaz mecanismo de resolução de litígios de massa e acesso à justiça efetivo e concreto, é preciso reconhecer que o texto legislativo apresenta algumas violações aos princípios constitucionais, tais como: violação à independência funcional dos magistrados; separação funcional dos Poderes; violação ao contraditório; violação ao direito de ação; e violação à competência dos Juizados Especiais.

Nesse sentido, assim também dissertam Georges Abboud e Araújo Cavalcanti¹³³, cujos autores compreendem que existam 04 inconstitucionalidades no IRDR previstos no Novo Código de Processo Civil, quais sejam:

(1) violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos Poderes: a vinculação de tese jurídica aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão não está prevista na Constituição da República;

¹³¹ Cunha, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. Revista de processo, ano 36, volume 193, março/2011.

¹³² Art. 979. *A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.*

§ 1º *Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.*

§ 2º *Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.*

§ 3º *Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.*

¹³³ ABOUD, Georges e Cavalcanti, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo 2015. RePro 240. Pág 221

(2) violação ao contraditório: ausência do controle judicial de adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo;

(3) violação ao direito de ação: ausência de previsão do direito de o litigante requerer sua autoexclusão (opt-out) do julgamento coletivo;

(4) violação ao sistema de competências da Constituição: a tese jurídica fixada no IRDR pelo TJ ou TRF será aplicada aos processos que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região.

5.1. Da violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos Poderes

Como já bem estudado, a tese jurídica firmada no IRDR se assemelha à súmula vinculante (advinda de emenda constitucional), porquanto de igual forma gera efeito vinculante. A diferença é que o incidente de resolução de demandas repetitivas está inserido no ordenamento jurídico infraconstitucional, ou seja, seus efeitos não estão previstos na Constituição, e ao se criar tais precedentes, o Poder Judiciário acaba por exercer uma função que é típica do Poder Legislativo e não do Judiciário.

Logo, inconstitucional porque viola o princípio da separação funcional dos poderes e a independência funcional dos magistrados.

Dessa forma, como em toda tentativa de uniformização da jurisprudência, o princípio da independência funcional dos magistrados acaba sendo ferida em detrimento de outros princípios.

Notadamente, a gravidade do problema está em retirar a independência funcional do juiz, ou seja, de inibir novas teses e decisões que possam ser elaboradas pelos magistrados e que talvez sejam decisões inspiradoras e de excelência, que trariam outras e muito mais linhas de raciocínio cognitivo comportamental e de evolução ao sistema judiciário brasileiro.

Sobre essa dinâmica, aduz Ingo Wolfgang Sarlet¹³⁴:

“[...]Parece-nos, por outro lado, que se vai em busca de uma Justiça estandardizada, com produtos iguais produzidos pela mesma linha de montagem,

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; TESHEINER, José Maria Rosa; FERNANDES, Juliano Gianechini. Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no Projeto do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/noticias2/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-deuniformizacao-da-jurisprudencia-e-precedentes-obrigatorios-no-projeto-do-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 07 set. 2017.

tendencialmente robotizada. Busca-se eliminar o debate, com negação das qualidades mais caracteristicamente humanas dos operadores do Direito, quais as de ponderar e de decidir, de inteligência e de vontade, transformando-os em profissionais submissos aos seus superiores. Quer-se substituir o precedente persuasivo pelo obrigatório; a razão pela autoridade”.

Verifica-se então, que é preciso compreender que a vinculação de uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão deve estar expressamente prevista na Constituição Federal da República, sob pena de violação à garantia constitucional da independência funcional dos magistrados e à separação funcional de poderes (art. 2º da CR).

Ademais, a súmula vinculante, mesmo vindo de uma emenda constitucional, é considerada por parte da doutrina como inconstitucional, tendo em vista o art. 60 da CR, que torna o princípio da separação dos poderes uma cláusula pétrea.

5.2. Da violação ao contraditório

Além de não estar previsto no NCPC a possibilidade de o Tribunal competente realizar o controle judicial da adequação da representatividade, estabelece que a decisão de mérito proferida no incidente processual, deve alcançar vinculativamente todos os processos repetitivos, ainda que o resultado do julgamento seja desfavorável.

Quer dizer, sendo a decisão favorável ou não, alcançará com força vinculante todos os processos repetitivos. O que é bastante temerário, posto que a ausência de controle acerca da adequação da representatividade viola o direito ao contraditório de todos os litigantes abrangidos pelo IRDR.

O mínimo que se poderia pleitear é que a representatividade fosse controlada para assegurar uma boa representação¹³⁵.

Dessa forma, faltou ao legislador estabelecer no texto legal, uma regulamentação que assegurasse o controle da representatividade, seguindo critérios a serem atendidos pelos legitimados e seus advogados.

5.3. Da violação ao direito de ação

¹³⁵ CÂNDIA, Eduardo. Legitimidade ativa na ação civil pública, Salvador: JusPodivm, 2013.

Quanto a este tema, o Novo Código de Processo Civil não adota o sistema de opt-out (direito de autoexclusão) que permite ao litigante particular a possibilidade de desistir da demanda e prosseguir com a ação individualmente.

Ao contrário, o NCPC apresenta uma vinculação¹³⁶ praticamente absoluta, visto que prevê que a decisão de mérito pro et contra deve alcançar de forma vinculada todos os processos repetitivos em tramitação, independentemente de seu requerimento.

O que é uma afronta ao direito fundamental da ação, e impedir que esse direito de a parte prosseguir com ação de forma isolada, isso é, fora do regime jurídico do IRDR, deve ser considerado inconstitucional.

Assim em sentido similar, porém sobre as ações coletivas, também entende Júlio César Rossi¹³⁷:

“Não há como tolher o direito de ação de um indivíduo que não pretende aderir a um processo coletivo. É uma opção do titular de um direito homogêneo ingressar em uma ação coletiva, na qualidade de litisconsorte (vinculando-se ao resultado da lide coletiva), como também suspender sua demanda individual para aproveitar o resultado favorável estabelecido naquela, ou, ainda, não se vincular ao pronunciamento exarado na ação coletiva. Essas posturas são conferidas pelo direito fundamental de ação (art. 5.º, XXXV, da CF/1988) e pelo devido processo legal (art. 5.º, LV, da CF/1988). (...) Não vemos como censurar de inoperante e ineficaz o processo coletivo em vista da impossibilidade de se blindar o cidadão de exercer uma faculdade constitucionalmente prevista: a de demandar perante o Poder Judiciário”.

Nesse sentido, diante do exposto, nosso sistema processual deve assegurar ao litigante o direito de escolha, sem tolher o direito de ação de um indivíduo, que deve ter assegurado seu pleno exercício de ação.

Em linhas gerais, como o legislador igualmente não abordou expressamente o sistema de opt-in, é possível chegar a conclusão, de que deveria ao menos, ter assegurado o direito a autoexclusão aos litigantes, como uma “válvula de escape”, assegurando-se assim, o direito de não participarem do julgamento coletivizado e de prosseguirem com suas demandas individualmente.

¹³⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo comparativo entre as ações coletiva e o incidente de resolução de demandas repetitivas. 2014, p. 488

¹³⁷ ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. vol. 208, 2012, p. 232

Por oportuno, por ser Lei Suprema, a Constituição Federal da República deve sempre prevalecer. Ou seja, não pode ser afastada por lei infraconstitucional.

À vista disso, é possível chegar à clara conclusão de que para que não se configure a violação ao direito fundamental de ação, seja indispensável o exercício dos sistemas opt-in ou opt-out, por ser assim, mais adequado.

5.4. Da violação ao sistema de competências da Constituição – Juizados Especiais

A respeito dessa última questão inconstitucional, constata-se que o ponto crucial está relacionado à determinação de que a tese jurídica firmada no IRDR incida em face dos processos que tramitam nos Juizados Especiais. Isso porque, o próprio STF¹³⁸ já examinou sobre o tema, e deliberou que os Juízes que integram os Juizados Especiais não estão submetidos às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados, tampouco aos Tribunais Regionais Federais.

Por seu turno, a suspensão e a imposição vinculativa da tese jurídica firmada no IRDR em tramitação nos Juizados Especiais violam o texto Constitucional.

Nessa acepção, o II Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), realizado em 2013, que aprovou o enunciado n. 93, cujo texto apresenta o seguinte: “Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região”, é inconstitucional. De igual forma, o artigo 982, I, do CPC, parte final.

Outrossim, defendem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, sobre a não vinculação dos magistrados integrantes dos juizados especiais às decisões dos tribunais locais e regionais. Explicam que, “o TJ pode reformar decisão de juiz de direito, mas não decisão do juizado especial. Esse é o sentido da vinculação de que trata a CF 105 I d: o juiz de direito é ‘vinculado’ ao TJ, mas o juiz do juizado especial não o é. Como não há subordinação das decisões do juiz do juizado especial ao TJ, esse juiz é ‘não vinculado’ ao TJ para efeitos jurisdicionais. Assim, o caso concreto trata de conflito entre juízes

¹³⁸ STF, Pleno, RE 586789/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.11.2011.

vinculados a tribunais diversos (o juiz de direito é ‘vinculado’ ao TJ: o juiz do juizado especial é ‘vinculado’ à turma recursal)¹³⁹”.

Conclusão

Os dois institutos, juntos, compõe o sistema da tutela de direitos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro. Se verifica que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nasce como uma tentativa de adequação do processo judicial para prestação jurisdicional com a resolução dos conflitos coletivos, de forma justa e efetiva, considerando as características da sociedade moderna e sua intensa litigiosidade.

Referências

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia Orberg. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie; Hermes Zaneti Jr. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 10.ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de Direito Processual Civil, volume único, 8.ed.,Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

ABBOUD, Georges;CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. São Paulo: Revista de Processo, 2015.

CÂNDIA, Eduardo. Legitimidade ativa na ação civil pública, Salvador: JusPodivm, 2013.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. vol. 208, 2012.

¹³⁹ NERY Jr, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 14ª Ed. RT, 2014

O *RIGHT TO OPT OUT* E O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Brunno Philippe Werneck Soares
Tássia Roza Altoé

Introdução

O presente estudo tem como principal objetivo analisar como encontra-se estruturado o direito à autoexclusão da jurisdição coletiva, empregado no sistema processual norte-americano com a denominação “*right to opt out*”, focando sua análise no âmbito do mandado de segurança coletivo.

O *right to opt out*, quando inserido inicialmente na legislação brasileira, teve sua aplicabilidade pautada pelo artigo 104 do CDC, que trata da necessidade de suspensão da demanda individual para que o indivíduo possa ter seu direito tutelado por ação coletiva em trâmite. Em que pese a ideia proporcionada pelo artigo em comento, será demonstrado ao longo do estudo que os Tribunais Pátrios limitaram, de forma significativa, o direito à autoexclusão, visto que passaram a entender que a suspensão da demanda individual seria algo obrigatório e não mais um ato de vontade por parte do autor.

Após a alteração de posicionamento jurisprudencial, o instituto perdeu força e teve sua incidência limitada. No entanto, a Lei 12.016/09, ao seguir em seu artigo 22, §2º regra distinta da prevista no artigo 104 do CDC, fez com que o *right to opt out* permanecesse aplicável ao ordenamento brasileiro, notadamente no que diz respeito ao mandado de segurança coletivo e a sua relação com mandado de segurança individual que objetive tutelar mesmo direito.

O artigo 22, §2º da Lei 12.016/09 possui sua constitucionalidade questionada pela doutrina majoritária, pois consideram que o mesmo, ao obrigar o impetrante de *writ* individual desistir de sua demanda para que possa ter seu direito tutelado no âmbito coletivo, estaria criando óbices ao próprio exercício de ação, ferindo diretamente a garantia consagrada constitucionalmente.

De tal forma, procurará o presente estudo demonstrar que a aplicabilidade do direito à autoexclusão está necessariamente vinculada à manutenção da redação dada ao artigo 22, §2º da Lei 12.016/09. Eventual nova interpretação do texto legal, no sentido de possibilitar a suspensão do *writ* individual e não mais sua desistência, fará com que o *right to opt out* deixe de ter aplicabilidade no microsistema coletivo brasileiro, visto que, com as limitações impostas pelo STJ, não haverá mais espaço para manifestação de vontade, por parte do autor, quando sua demanda versar sobre direito também tutelado através da jurisdição coletiva.

1. Aplicação Do *Right To Opt Out* No Direito Comparado

O *right to opt out* pode ser definido como o direito à autoexclusão da jurisdição coletiva. Quando tal direito é exercido, a jurisdição coletiva não produzirá efeitos na esfera pessoal do indivíduo que optou pela exclusão.

A terminologia utilizada tem origem no sistema processual americano, sendo a técnica em comento exercida, mais especificamente, no âmbito das chamadas “ações de classe” (*class actions*).

O objetivo do *right to opt out* no sistema norte-americano é notificar terceiros acerca da existência de determinada demanda coletiva, a fim de possibilitar que possam comparecer em juízo e intervir na ação. Ainda, sendo o caso de ação de classe cuja pretensão seja condenatória ou indenizatória, o *right to opt out* permite que terceiros possam requerer a autoexclusão da jurisdição coletiva.

A estrutura central das *class actions* é direcionada à necessidade de proteção de indivíduo ou grupo de indivíduos de lesões de massa, que ficariam sem proteção, seja por falta de interesse individual, ou até mesmo em razão da ausência de benefício evidente diante de uma tutela de grande onerosidade.

Necessário destacar que a aplicabilidade do instituto no direito norte-americano não possui correspondência exata no direito brasileiro. O direito à autoexclusão, quando tratado no âmbito das ações de classe americanas, possui aplicação restrita, não abrangendo, portanto, todos tipos de ações coletivas. Conforme preleciona Fredie Didier¹⁴⁰, as ações coletivas previstas no artigo 23, referentes às classes “b(1)” e “b(2)”, das chamadas “*federal rules*” não permitem a autoexclusão. Por esta razão são as mesmas chamadas de “*mandatory class action*” ou “*no opt out class action*”. De tal forma,

¹⁴⁰ Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/> - Visualizado em 16/09/2017.

possível concluir que apenas as ações de classes do nível “b(3)”, que possuem pretensão de natureza condenatória/indenizatória, darão direito à opção pela autoexclusão da tutela coletiva.

Notório, portanto, que as limitações impostas pelo direito americano divergem das limitações introduzidas pela legislação pátria. As limitações impostas pelo sistema americano estão diretamente ligadas à natureza da decisão proferida, enquanto que no sistema brasileiro há um óbice imposto através de entendimento jurisprudencial, que limita de forma mais agressiva o instituto.

No que diz respeito ao direito europeu, importante destacar o modelo das “ações associativas” e as ações ressarcitórias *opt in*. A tutela em tal sistema encontra-se estruturada, segundo Graziela Argenta¹⁴¹, de forma fragmentada, em diversas leis e direitos subjetivos, buscando atender demandas relacionadas à direitos do consumidor, do meio ambiente, com base em uma perspectiva coletiva.

O modelo europeu em comento pode ser visualizado como sendo *pro et contra e opt in*, evidenciando-se nas ações ressarcitórias para tutela de direitos individuais homogêneos, procurando uniformizar o procedimento através da tutela *opt in*. Nesse sentido, preleciona Graziela Argenta¹⁴²:

“Trata-se de um modelo de tutela pro et contra e opt in, isto é, evidencia-se nas ações ressarcitórias para tutela dos direitos individuais homogêneos, com tendência de uniformização de um procedimento entorno da tutela opt in, como espécie de litígio agregado (só se beneficiam ou prejudicam – pro et contra - aqueles titulares de direito próprio que ingressarem no litígio). Ao que tudo indica, este modelo será complementado por uma tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos como group litigation order ou processo-modelo do mercado de capitais alemão. Somente aqueles titulares dos direitos individuais que aderirem ao processo (opt in) ou que tiverem ajuizado ações individuais suspensas para o julgamento do processo-modelo. Neste modelo, a garantia de reparação integral do dano não faz parte das preocupações do legislador”.

Necessário concluir, com base no acima elucidado, que a estrutura do direito à autoexclusão possui regramento próprio no âmbito do direito americano, europeu e brasileiro, divergindo, no entanto, quanto à forma que encontra-se estruturado, assim como no que diz respeito à sua aplicabilidade e aos direito que objetiva tutelar.

¹⁴¹ ARGENTA, Graziela – Do processo Coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro – Revista Eletrônica de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – 2017, p. 33.

¹⁴² ARGENTA, Graziela - Op., cit., p. 34.

2. Condições Da Ação – Panorama Geral E Aplicabilidade Relacionada Ao Mandado De Segurança Coletivo

2.1. Legitimidade e Interesse de agir no âmbito do Mandado de Segurança Coletivo

Antes de trazer à baila a temática central objeto do presente trabalho, que buscará elucidar a incidência do direito à autoexclusão quando aplicado ao mandado de segurança coletivo, mostra-se essencial abordar, em termos iniciais, como restam estruturados os institutos da legitimidade e do interesse de agir, pontuando, principalmente, as diferenças estruturais geradas pelo novo código de processo civil.

Os institutos da legitimidade e interesse de agir, durante a vigência do CPC/73, eram expressamente denominados como integrantes das chamadas “condições da ação”. No entanto, tal expressão não veio a ser repetida no atual código de processo civil, o que fez com que surgisse considerável divergência doutrinária acerca do tema. Parte da doutrina passou a considerar que a subtração do termo “condições da ação” fez com que tal instituto fosse afastado de nosso sistema processual. Assim, interesse de agir e legitimidade passariam a ser tratados como pressupostos processuais ou como questão de mérito, a depender do caso concreto. Assim entende Fredie Didier Jr¹⁴³:

“(...) não haverá mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito “condição da ação”. A legitimidade ad causam e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais”.

Importante considerar que a doutrina em comento não busca fundamentar a desnecessidade de análise da legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Argumentam, apenas, que o conceito “condição da ação” deve ser eliminado de nosso sistema processual. Assim, conforme preleciona Daniel Assumpção¹⁴⁴, o órgão jurisdicional ainda precisaria analisar a legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, senão vejamos:

“É o conceito “condição da ação” que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar continuaria obviamente a existir. O órgão jurisdicional ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou

¹⁴³ Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/> - Acessado em 16.08.2017

¹⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção – Manual de Direito Processual Civil – Volume único – Ed: Jus Podivm – p.192.

como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação ad causam ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária).

De tal modo, os autores que defendem a eliminação do conceito “condição da ação” começaram a afirmar que o novo código de processo civil, em sentido contrário ao anterior, teria consagrado a teoria abstrata da ação ao invés da teoria eclética. Como a teoria abstrata da ação diz que o direito de ação não pode ter qualquer influência da relação jurídica de direito material, é possível dizer que essa teoria, basicamente, nega a existência de condições da ação. Assim, se a questão for processual, será pressuposto processual. Se fizer referência à relação jurídica material, será questão de mérito.

Em que pese o posicionamento acima tratado, insta salientar que parte considerável da doutrina rejeita tal posicionamento, afirmando, assim, que o novo código de processo civil teria mantido a adoção da teoria eclética da ação, e, conseqüentemente, as condições da ação. Nesse sentido, dispõe Daniel Assumpção¹⁴⁵:

“Certamente é tema que ainda suscitará muitos questionamentos e dúvidas, mas em minha primeira visão sobre o assunto não creio que o Novo CPC tenha adotado a teoria do direito abstrato de ação. Prova maior é que nas hipóteses já mencionadas, de vedação à repositura da ação e do cabimento da ação rescisória, o Novo Código de Processo Civil deixa claro que não estará havendo julgamento de mérito. Como a legitimidade e o interesse de agir dificilmente podem ser enquadrados no conceito de pressupostos processuais, por demandarem análise da relação jurídica de direito material alegada pelo autor, concluo que continuamos a ter no sistema processual as condições de ação. E vou ainda mais longe. Apesar do respaldo doutrinário significativo e de inúmeras decisões judiciais acolhendo-a, o novo diploma processual não consagrou a teoria da asserção, mantendo-se nesse ponto adepto da teoria eclética”.

Tendo por base o acima exposto, é possível concluir que, tanto o CPC/73, quanto o novo código de processo civil, distinguem pressupostos processuais, condições da ação e mérito. O artigo 17 do novo código de processo civil, quando estabelece ser necessário para postular comprovar interesse e legitimidade, exige que seja verificado, no caso concreto, a existência de tais elementos para que o juiz possa resolver o mérito, sendo, portanto, correto afirmar que a manutenção das denominadas “condições da ação” na nova legislação processual.

2.2. Exclusão do elemento “interesse de agir” como condição da ação.

¹⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op., cit., p. 193/194.

Conforme já abordado, o CPC/73 trazia expresso em seu texto a expressão “condição da ação”, listando três elementos como sendo seus componentes: (i) interesse de agir; (ii) legitimidade; e (iii) possibilidade jurídica do pedido.

Ocorre que o NCPC, em seu art. 17¹⁴⁶, trata apenas de dois elementos componentes das condições da ação, quais sejam a legitimidade e o interesse. Assim, é certo dizer que não há, no novo diploma legal, menção expressa ao elemento “interesse jurídico do pedido”.

A título de informação, importante definir que a impossibilidade jurídica do pedido se dá quando há uma expressa vedação na lei ao pedido formulado. Seguindo tal raciocínio, a impossibilidade jurídica do pedido será constatada quando o julgador verificar que há vedação legal expressa quanto ao que o autor pretende receber, o que, de pronto, impede a continuidade do processo, visto que o prosseguimento da demanda seria manifestamente inútil.

Notório, portanto, que para verificar a possibilidade jurídica do pedido, é necessário adentrar ao mérito da demanda. Seguindo tal raciocínio, a doutrina majoritária vem defendendo que aquilo que um dia foi impossibilidade jurídica do pedido virou, com a nova legislação, matéria de mérito.

Assim, conforme preleciona Fredie Didier Jr, “*consagra-se o entendimento, praticamente unânime até então, de que a impossibilidade jurídica é causa de decisão de mérito e não de inadmissibilidade*”¹⁴⁷, não cabendo seu tratamento, sob a égide da nova legislação processual, ocorrer dentro do campo reservado às condições da ação.

2.3. Legitimidade.

A legitimidade pode ser definida como sendo a “*situação prevista em lei que permite um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda*”¹⁴⁸.

A regra geral em termos de legitimidade, é a consagrada no artigo 18 do NCPC, que estabelece que somente o titular do alegado direito pode pleitear em nome próprio seu interesse (legitimidade ordinária). Assim, é possível afirmar que, no âmbito da tutela individual, a legitimidade extraordinária (defesa, em nome próprio, de interesse de terceiro) é vista como medida excepcional.

¹⁴⁶ “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

¹⁴⁷ Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/> - Acessado em 16.08.2017.

¹⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op., cit., p. 200.

Cumpre informar que, como na legitimação extraordinária aquele sujeito que está no processo como autor ou réu não é titular do direito material, o STJ tem entendido que legitimação extraordinária é sinônimo de substituição processual.

No que diz respeito à tutela coletiva, urge elucidar que a lógica acima explicitada é invertida. Ou seja, a regra é que a legitimidade seja extraordinária. No que diz respeito ao polo ativo, é possível afirmar que nenhuma ação coletiva trabalha com legitimação ordinária. No entanto, em que pese não ser possível falar em legitimidade ordinária no polo ativo, importante destacar que, para parte da doutrina, que a legitimação extraordinária apenas se fundamenta na defesa de interesses de indivíduos, o que não ocorre no caso da defesa de direito difuso ou coletivo. De tal forma, afirmam que, no caso de defesa de direito difuso ou coletivo, se estaria diante de uma “legitimação autônoma para condução do processo”. Nesse sentido, aduz Alexandre Câmara¹⁴⁹:

“(...) E há, por fim, quem sustente que a legitimidade para agir na defesa de direito difusos ou coletivo não seja nem ordinária nem extraordinária, já que tais figuras seriam típicas do direito processual individual, havendo necessidade de reconhecer-se aí outra categoria, típica do direito processual coletivo, a legitimação autônoma para a condução do processo”.

Em que pese a divergência doutrinária supra abordada, há que se considerar restar pacífico na doutrina e na jurisprudência que, no âmbito da tutela coletiva, não há que se falar em legitimidade ordinária no polo ativo da demanda, visto que os reais titulares dos direitos tutelados através da tutela coletiva nunca constam do polo ativo da demanda proposta.

2.4. Interesse de agir

O interesse de agir encontra-se, conforme dispõe Daniel Assumpção¹⁵⁰, diretamente associado à “*utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional*”. O juiz deve analisar, portanto, se o autor terá a melhora que pretende obter com seu pedido de tutela jurisdicional.

A análise da efetividade da tutela, ponto nodal do interesse de agir, deve ocorrer com base em dois diferentes aspectos: necessidade da tutela jurisdicional e adequação entre o pedido e a pretensão jurisdicional que se pretende obter.

¹⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas – Lições de direito processual civil – Vol. I, Ed: Lúmen Juris, p. 363.

¹⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op., cit., p. 197.

A necessidade diz respeito à necessidade do autor em demonstrar que a obtenção do bem da vida pretendido depende de intervenção do poder judiciário. Já a adequação vai exigir que o pedido formulado seja adequado à solução da crise jurídica. Sendo o pedido incapaz de resolver a crise jurídica existe, o pedido será inútil.

2.5. Legitimidade no âmbito do mandado de segurança coletivo

Assim como o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo objetiva proteger direito líquido e certo. No entanto, este último não destina-se a proteger um indivíduo isolado, mas sim um grupo de pessoas, sempre que houver ilegalidade ou abuso de poder perpetrado por autoridade.

Por se tratar de ação pertencente ao microsistema coletivo, é certo afirmar que os legitimados ativos nunca atuarão com legitimidade ordinária. Ou seja, ao entrarem em juízo, os legitimados ativos estarão, em nome próprio, defendendo os direitos dos indivíduos tutelados pelo mandado de segurança coletivo. Certo falar, portanto, que trata-se de hipótese de substituição processual e não representação.

No que diz respeito aos legitimados, é relevante dizer que, tanto a constituição, em seu artigo 5º, LXX, quanto a lei 12.016, em seu artigo 23, limitam os legitimados a ingressar com o mandado de segurança coletivo. Os dispositivos em comento estabelecem quatro legitimados para propositura do mandado de segurança coletivo, quais sejam: (i) partido político com representação no Congresso Nacional; (ii) organização sindical; (iii) entidade de classe; e (iv) associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Importante destacar que parte da doutrina considera o rol apresentado no artigo 5º, LXX da CRFB, e representado fielmente no artigo 23 da Lei 12.016, meramente taxativo, de forma a admitir outros legitimados que não constam necessariamente dos dispositivos em referência. Nesse sentido, aduz Marinoni¹⁵¹:

“O rol de legitimados para propositura de mandado de segurança coletivo não é taxativo. Como observa a doutrina, a previsão constitucional que trata do mandado de segurança coletivo limita-se a estabelecer os legitimados para esta ação. Em contraste com a legitimidade para outras ações coletivas (qualquer cidadão para a ação popular e vários entes para as ações civis públicas) é de se questionar se a legitimação aqui prevista é exclusiva, ou seja, se o rol trazido no dispositivo em questão é exaustivo. Nada há que autorize esta conclusão. A garantia fundamental, como cediço, não pode ser restringida, mas nada impede (aliás será muito salutar) que seja ampliada”.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel – Curso de Direito Constitucional – Ed: RT, p. 693.

Em que pese o posicionamento acima aludido, há que se falar que a doutrina amplamente majoritária afirma ser o rol constante do artigo 5º, LXX da CRFB/88 e 23 da Lei 12.016 taxativo, não havendo, portanto, qualquer outro legitimado a não ser os listados no artigo em referência. Alexandre Câmara, nesse sentido, entende que eventual ampliação do rol apenas poderia ocorrer por meio de lei ordinária, não admitindo, assim, eventual interpretação analógica ou extensiva do artigo 5º, LXX, da CRFB/88 ou do artigo 21, da Lei 12.016/2009¹⁵².

Cumprindo observar que tal posicionamento, inclusive, é o que vem sendo defendido pelo STF¹⁵³, que já afirmou em seus julgados ser o rol em comento taxativo, de forma que não seria possível admitir, mediante construções analógicas, uma legitimidade extraordinária não prevista expressamente em diploma legal.

3. O *Right To Opt Out* No Âmbito Do Microssistema Coletivo Brasileiro

3.1. O *right to opt out* e a regra contida no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Após trazer à baila os conceitos introdutórios fundamentais ao estudo do mandado de segurança coletivo, necessário se faz iniciar o tratamento da relação existente entre mandados de segurança individuais e coletivos, focando no instituto que busca evitar decisões contraditórias, denominado pelo direito norte-americano de “*right to opt out*”.

O denominado “*right to opt out*” consiste no chamado direito à autoexclusão da jurisdição coletiva. Quando tal direito é exercido, a jurisdição coletiva não produzirá efeitos na esfera pessoal do indivíduo que optou pela exclusão. Ou seja, ao excluir-se, o indivíduo não poderá ser prejudicado por eventual sentença desfavorável. No entanto, em caso de vitória, também não será beneficiado pela coisa julgada da sentença favorável.

O instituto em comento possui previsão expressa na legislação pátria, mais especificamente no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, que foi o primeiro dispositivo do microssistema coletivo brasileiro a abordar a técnica da autoexclusão. O referido artigo dispõe não induzir litispendência para as ações individuais as ações coletivas previstas nos incisos I e II e parágrafo único do artigo 81 do CDC¹⁵⁴, afirmando,

¹⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas – Manual do Mandado de Segurança – 2ª edição, Ed: Atlas, pg. 384.

¹⁵³ STF, MS 21059/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 05.09.1990.

¹⁵⁴ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que

no entanto, que os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* não beneficiarão os autores das ações individuais que não requererem a suspensão do processo individual no prazo de 30 dias, contado da ciência da ação coletiva.

Dentro da lógica apresentada no parágrafo anterior, o autor de ação individual, após ser comunicado acerca da existência de ação coletiva, possui 30 (trinta) dias para resolver qual destino pretende dar à ação individual. O autor pode optar por se excluir dos efeitos da ação coletiva (*right to opt out*), ou optar pela suspensão da ação individual. Escolhendo o caminho da suspensão, ficará vinculado ao resultado da ação coletiva.

A figura do *right to opt out* mostra-se perfeitamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. Como não há que se falar em litispendência entre ações individuais e coletivas, o instituto em comento fornece técnicas procedimentais que objetivam evitar que sejam proferidas decisões contraditórias, no âmbito individual e coletivo, referentes ao mesmo direito, privilegiando, assim, a preservação da segurança jurídica.

3.2. Interpretação jurisprudencial do direito à autoexclusão.

O STJ, ao realizar um estudo de aplicabilidade da regra contida no artigo 104 do CDC, verificou que a suspensão nele referida pouco vinha ocorrendo, o que acabava fazendo com que ambas as ações (individual e coletiva) permanecessem em trâmite.

Com o intuito de evitar tal situação, firmou o entendimento de que a referida suspensão seria obrigatória¹⁵⁵. Ou seja, chegando a comunicação, entendendo o magistrado pela suspensão, a vontade do autor seria totalmente irrelevante.

Tal alteração de entendimento acabou, por razões óbvias, desvirtuando a aplicação do *right to opt out* no direito brasileiro, que teve seu âmbito de incidência reduzido de forma significativa.

seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (...)”.

¹⁵⁵ *PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DE AÇÃO INDIVIDUAL EM LIQUIDAÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, em razão de conferir maior efetividade e agilidade à prestação jurisdicional, é possível a flexibilização do princípio da identidade física do juiz e do princípio do juiz natural. 2. É possível, de ofício, a conversão da ação individual em liquidação provisória de sentença coletiva, não sendo permitidos, porém, atos de execução sobre o patrimônio do executado. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1144374/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 03/05/2011).*

3.3. *Right to opt out* no Mandado de Segurança Coletivo.

Conforme já verificado, o rol de legitimados à propositura do Mandado de Segurança Coletivo, constante do art. 23 da Lei 12.016/09, é visto, pela doutrina e jurisprudência majoritária, como *numerus clausus*. De tal forma, é possível concluir que o rol de legitimados aptos a propor um Mandado de Segurança Individual não se confunde com os legitimados à propositura de um Mandado de Segurança Coletivo.

Em que pese a premissa evidenciada no parágrafo anterior, é importante destacar que resta inserido no âmbito da tutela coletiva o chamado “Direito Individual Homogêneo”, direito este titularizado por uma pluralidade de indivíduos determinados. Para que seja configurado, é necessário demonstrar a existência de uma situação jurídica comum a todos os titulares do direito.

O Direito Individual Homogêneo, embora seja titularizado por uma pluralidade de sujeitos que encontram-se ligados através de uma situação jurídica comum a todos, possui um objeto divisível. Assim, é possível dizer que a violação ao direito é comum a todos os titulares do direito, mas o resultado da violação atinge a esfera pessoal de cada indivíduo de forma distinta.

Como o Direito Individual Homogêneo é titularizado por indivíduos determinados, ao contrário dos direitos difusos e coletivos, que são direitos essencialmente transindividuais, podem seus titulares buscar tutela através da esfera individual, por meio do Mandado de Segurança Individual. No entanto, cumpre salientar que a tutela individual do referido direito não retira o mesmo do âmbito da tutela coletiva, o que significa dizer que a tutela individual do direito individual homogêneo não impossibilita a impetração de Mandado de Segurança Coletivo que tenha como objeto a proteção do mesmo direito.

Para evitar a prolação de decisões contraditórias, a técnica do *right to opt out* também deve ser aplicada no âmbito do Mandado de Segurança. Entretanto, insta salientar que o procedimento em questão possui regramento próprio na Lei 12.016/09, regramento este que difere, de forma considerável, da técnica constante do artigo 104 do CDC.

O direito à autoexclusão vem expresso no artigo 22, §1º da Lei 12.016/09¹⁵⁶, que destaca não aduzir litispendência para as ações individuais o mandado de segurança

¹⁵⁶ Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

coletivo, afirmando, no entanto, que os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante de demanda individual que não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta dias), a contar da ciência comprovada da impetração da demanda coletiva.

O artigo 22, §1º, da Lei 12.016/09, ao falar em “desistência” e não em “suspensão” da demanda individual, foge à regra geral do microsistema coletivo, constante do artigo 104 do CDC. Dentro da lógica apresentada pelo artigo em comento, para que o indivíduo impetrante de demanda individual tenha seu direito tutelado pelo mandado de segurança coletivo, será necessário que o mesmo, no prazo de 30 dias, desista de sua demanda individual.

A regra contida no artigo 22, §1º da Lei 12.1016/09 possui teor de grande severidade, podendo ser, a depender do caso concreto, prejudicial ao titular do direito, visto que o mesmo precisará desistir de sua demanda individual. Assim, em caso de derrota na esfera coletiva, não poderá o titular do direito prosseguir com seu mandado de segurança individual, já que o mesmo, para aderir aos efeitos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, precisou desistir e não apenas suspender sua demanda individual.

3.4. Right to opt out e a coisa julgada pro et contra.

A técnica do *right to opt out*, como visto anteriormente, foi limitada de forma considerável pelos Tribunais Pátrios, mais especificamente o STJ, já que a suspensão da demanda individual, que inicialmente era vislumbrada como uma faculdade do autor, passou a ser considerada uma obrigação, a fim de evitar decisões contraditórias. Seguindo o presente raciocínio, seria possível concluir que o direito à autoexclusão praticamente perdeu o sentido dentro da lógica do microsistema coletivo brasileiro.

No entanto, também é necessário verificar que a regra contida no artigo 22, §1º da Lei 12.016/09 excepciona o mandamento geral do artigo 104 do CDC, tornando a figura do *right to opt out* de extrema relevância, quando analisada sob a ótica do Mandado de Segurança Coletivo.

A relevância do *right to opt out* na esfera coletiva do Mandado de Segurança fica ainda mais evidente para autores que defendem a produção de coisa julgada *pro et contra* quando o mandado de segurança coletivo versar sobre direito individual homogêneo. Esse

é o posicionamento apresentado por Daniel Assumpção¹⁵⁷, que afirma, portanto, que o resultado do mandado de segurança coletivo vinculará em caso de vitória e, também, em caso de derrota. Ou seja, para quem compartilha de tal entendimento, haverá a produção de coisa julgada material independentemente do resultado do processo.

Como a vinculação à coisa julgada ocorrerá em qualquer caso, para que o sujeito impetrante de demanda individual não venha a ser prejudicado pela coisa julgada produzida na esfera coletiva, deverá exercer seu direito à autoexclusão, optando, assim, por se desvincular da coisa julgada coletiva.

Assim, é possível concluir que a regra contida no artigo 22, §1º da Lei 12.016/09, atrelada à produção de coisa julgada *pro et contra*, faz com que a técnica do *right to opt out* permaneça viva no microsistema coletivo, sendo esta a única alternativa viável ao indivíduo impetrante de mandado de segurança individual que tenha o intuito de desvincular-se da coisa julgada produzida na esfera coletiva.

4. Questões Controvertidas Relacionadas Ao Determinado Pelo Artigo 22, §1º, Da Lei 12.016/09

4.1. Alegação de inconstitucionalidade do artigo 22, §1º da Lei do Mandado de Segurança Coletivo.

O art. 22, §1º da Lei 12.016/09, ao falar em desistência da demanda individual, contrariando o disposto no artigo 104 do CDC, que fala em suspensão, é uma novidade legislativa considerada, para boa parte da doutrina, um retrocesso.

A crítica feita por parte considerável da doutrina é que o titular de direito que desistir do Mandado de Segurança Individual e, posteriormente, se deparar com uma sentença de improcedência no Mandado de Segurança Coletivo, poderá, em razão do prazo de 120 (cento e vinte dias) constante do art. 23 do referido diploma legal, ficar impossibilitado de impetrar novo *writ* individual, configurando verdadeira violação ao princípio do acesso à justiça. Nesse sentido, preleciona Fredie Didier¹⁵⁸:

“O § 1º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 foge à regra geral do microsistema: o indivíduo deverá desistir do mandado de segurança individual, em vez de pedir a suspensão do processo. A regra é estranha e pode revelar-se inconstitucional se, no caso concreto, a desistência implicar a perda do direito fundamental ao mandado de segurança, que deve ser exercitado em cento e vinte dias (art. 23

¹⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção – Manual de Processo Coletivo – Volume Único – Ed: Jus Podivm, 2016.

¹⁵⁸ Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/> - Acessado em 28/08/2017.

da Lei n. 12.016/2009). Seria restrição irrazoável ao direito fundamental ao mandado de segurança”.

O referido autor, ao sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, prossegue afirmando que *“a desistência do mandado de segurança, embora não implique decisão de mérito (e, portanto, suscetível de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material), pode redundar na perda do direito fundamental ao mandado de segurança¹⁵⁹”*, já que eventual insucesso na demanda coletiva poderia vir a ocorrer após o prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto no artigo 23.

Cassio Scarpinela Bueno¹⁶⁰, no mesmo sentido, critica a disposição legal constante da lei do mandado de segurança, afirmando que a regra contida na legislação consumerista, mais especificamente no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, deve prevalecer, senão vejamos:

“Inegável, destarte, a superioridade da solução dada à hipótese pela art. 104 do Código do Consumidor: pode o impetrante individual requerer a suspensão de seu processo para que se beneficie da decisão a ser proferida no âmbito coletivo. Nunca, contudo, desistir dele, perdendo a possibilidade, dada pelo sistema, de se beneficiar ou pela impetração coletiva ou pela impetração individual, já que é o próprio dispositivo em exame que assegura não haver litispendência entre os dois processos. A opção feita pelo referido dispositivo do Código do Consumidor é a que mais bem se afina com o “modelo constitucional”, na medida em que incentiva, a um só tempo, o acesso coletivo à Justiça, sem criar o receio de que a má atuação do legitimado coletivo possa, por si só, prejudicar aqueles que não agiram em juízo ou, pior, que agiram mas que, mercê da impetração coletiva, optaram por desistir de seus próprios mandados de segurança individuais”.

Alexandre Câmara, no mesmo sentido, afirma que o artigo 22, §1º da Lei do Mandado de Segurança deve receber interpretação idêntica à dada ao artigo 104 do CDC¹⁶¹:

“A melhor interpretação do dispositivo aqui examinado é a que vincula ao art. 104 do CDC. É que não há qualquer sentido em se exigir do impetrante individual que desista de seu mandado de segurança para poder beneficiar-se do resultado favorável alcançado no mandado de segurança coletivo”.

¹⁵⁹ Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/> - Acessado em 28/08/2017.

¹⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinela. O mandado de segurança coletivo na Lei n 12.016/2009. In: ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes; MOREIRA, Alberto Caminã. Panorama atual das tutelas individuais e coletivas. Estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011, p.227.

¹⁶¹ CÂMARA, Alexandre Freitas – Manual do Mandado de Segurança – 2ª edição, Ed: Atlas, pg. 398.

O referido autor elucida, ainda, que a grande problemática relacionada ao dispositivo em questão diz respeito à possibilidade de denegação da segurança coletiva. Em tal hipótese, tendo sido extinto o processo individual sem julgamento do mérito, já que a lei 12.016/09 escolheu falar em desistência do mandado de segurança individual, seria necessário que o demandante impetrasse novo mandado de segurança. Ocorre que, em grande parte dos casos, não mais seria possível impetrar novo mandado de segurança, em razão da decorrência do prazo de 120 (cento e vinte) dias referido no artigo 23 da Lei 12.016/09.

Conclui-se, portanto, que a dinâmica apresentada pela lei do mandado de segurança gera grandes questionamentos por parte da doutrina pátria, visto que, se aplicado de forma literal, acabaria por gerar, nas palavras de Alexandre Câmara, “*resultados inconvenientes do ponto de vista da própria eficiência*”¹⁶², fazendo com que os impetrantes a título individual deixassem de optar por aguardar o resultado do mandado de segurança coletivo por medo de, na prática, acabar gerando um limite ao pleno exercício do direito de defesa.

4.2. A regra contida no artigo 22, §1º e a ideia de economicidade processual

Notório inferir, ainda, que o prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração do Mandado de Segurança não é o único obstáculo visualizado pela doutrina pátria. Outra preocupação de grande relevância diz respeito à ideia de economicidade processual.

O princípio da economia processual tem a sua estrutura baseada em dois grandes objetivos. O primeiro é obter mais resultados com o menor número possível de atos processuais, evitando, assim, a repetição de atos inúteis. Seu segundo objetivo está diretamente relacionado à ideia de evitar multiplicidade de processos. Nesse sentido, destaca Daniel Assumpção a relevâncias das ações coletivas, a saber:

“Quanto à missão de evitar a multiplicidade de processos não resta nenhuma dúvida de que as ações coletivas, ao evitarem a fragmentação do direito em inúmeras demandas individuais, contribuem significativamente para a economia processual no sentido ora analisado”¹⁶³.

¹⁶² CÂMARA, Alexandre Freitas. Op., cit., p. 398.

¹⁶³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op., cit., p. 197.

Percebe-se, portanto, que a tutela coletiva possui papel fundamental no que diz respeito ao cumprimento do princípio da economicidade processual. Assim, possível concluir que a redação dada ao artigo 22, §1º, da lei do mandado de segurança acaba por ir em sentido contrário à própria essência da tutela coletiva.

Quando o artigo em comento fala em desistência e não em suspensão do mandado de segurança individual, acaba o mesmo por impor uma condição excessivamente onerosa à parte.

Como visto anteriormente, parte da doutrina considera que a coisa julgada produzida no âmbito de tutela de direitos individuais homogêneos, inclusive quando tutelados por meio de mandado de segurança coletivo, será *pro et contra*. Ou seja, o indivíduo tutelado estará vinculado pela decisão em caso de vitória ou derrota. Assim, optando o demandante de mandado de segurança individual pela desistência de seu *writ* para ser tutelado pela demanda coletiva, em caso de derrota, estará impossibilitado de ajuizar nova ação.

No entanto, há autores que entendem que a coisa julgada material formada nos processos que versam sobre direitos individuais homogêneos seria *in utilibus* e não *pro et contra*. Nesse sentido, dispõe Alexandre Câmara¹⁶⁴:

“Essa regra, da extensão in utilibus da coisa julgada material formada nos processos que versam sobre interesses individuais homogêneos, encontra-se expressa no artigo 103, III, do CDC. Não é necessário, porém, invocar a legislação consumerista para justificar o que acaba de ser dito. A tal resultado se chegaria, independentemente daquele texto normativo, por mera aplicação do sistema comum da coisa julgada”.

Assim, para tais autores, o autor da demanda individual, mesmo tendo optado pela desistência, poderia interpor novo mandado de segurança individual, visto que apenas estaria vinculado à decisão da demanda coletiva em caso de vitória. A violação à ideia de celeridade processual é violada exatamente quando se admite a propositura de novo *writ* individual.

Em caso de derrota na demanda coletiva, estará a parte, caso tenha o intuito de prosseguir com a tutela de seu direito, obrigada a ajuizar nova demanda, visto que o mandado de segurança individual não foi apenas suspenso. Falar em novo ajuizamento significa novo recolhimento de custas processuais, o que acaba por onerar a parte

¹⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op., cit., p. 390.

demandante, além de fazer com que a parte tenha que suportar todo o trâmite desde o início.

Assim, é possível concluir que a opção do legislador pela desistência do mandado de segurança coletivo, positivada no artigo 22, §1º da Lei 12.016/09, funciona como verdadeiro desserviço à ideia de economicidade processual, visto que acaba por tornar a relação processual mais onerosa para o demandante.

O autor de demanda individual que optou pela desistência precisará, ainda, começar do zero novo mandado de segurança, caso deseje manter a tutela de seu direito, razão pela qual o dispositivo em comento viola, também, a ideia de celeridade processual e, conseqüentemente, o princípio da economicidade processual em suas duas grandes estruturas.

4.3. Artigo 22, §1º, Lei 12.016/09 e a garantia de acesso à justiça.

O acesso à justiça é visualizado como uma das maiores garantias consagradas constitucionalmente, estando expressamente previsto no artigo 5º, XXXV, da CRFB/88¹⁶⁵.

De tal forma, o acesso à justiça tem por objetivo garantir que todos os indivíduos tenham acesso ao judiciário, a fim de postular tutela de direito violado ou que haja probabilidade de violação.

Com o intuito de analisar suposta violação do artigo 22, §2º, da Lei 12.016/09 aos ditames do acesso à justiça, necessário se faz abordar as chamadas “ondas” do acesso à justiça.

A primeira onda do acesso à justiça tem o objetivo de eliminar barreiras econômicas. Ou seja, busca possibilitar que hipossuficientes econômicos também tenham acesso ao judiciário.

A segunda onda possui relação direta com a tutela dos direitos transindividuais. Busca, então, solucionar problemas atrelados à representação de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Pelas especificidades inerentes a tais direitos, a estrutura processual clássica não se mostrava apta a tutela-los. Assim, foi necessário criar institutos próprios para que tais direitos pudessem vir a receber o tratamento devido.

A terceira onda do acesso à justiça busca superar os obstáculos gerados pela própria estrutura processual, objetivando, assim, criar novas alternativas para solução dos

¹⁶⁵ “Art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

conflitos existentes no âmbito social. Algumas das alternativas pensadas já possuem aplicabilidade prática no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

No que diz respeito ao artigo 22, §2º da Lei do Mandado de Segurança, é possível inferir que a limitação gerada pelo termo “desistência” vai de encontro ao objetivo principal da segunda onda do acesso à justiça, que é justamente propiciar uma estrutura apta a tutelar direitos transindividuais. A redação do artigo em comento limita de forma considerável o exercício do direito do autor, obrigando o mesmo a desistir de sua demanda individual para que possa ser tutelado pela demanda coletiva.

Não por outro motivo, parte considerável da doutrina sustenta que o artigo 22, §2º seria inconstitucional por violar diretamente o acesso à justiça¹⁶⁶, razão pela qual há a proposta de que seja dada nova interpretação ao artigo em referência, possibilitando, assim, a suspensão da demanda individual, ao invés da desistência prevista expressamente em seu texto.

Tendo por base o acima aludido, possível concluir que a melhor solução apresentada pela doutrina pátria é oferecer nova interpretação ao artigo 22, §2º, da Lei 12.016/09, visto que apenas assim será possível evitar sua inconstitucionalidade evidente.

5. A Necessidade Do *Right To Opt Out* No Âmbito Do Mandado De Segurança Coletivo

O estudo apresentado demonstrou que a regra contida no artigo 22, §2º da Lei 12.016/09 tem sua constitucionalidade fortemente questionada pela doutrina pátria, visto que pode, dentre outras possibilidades, configurar verdadeiro cerceamento ao direito de ação.

Em que pese os questionamentos apresentados, importante salientar que os Tribunais Pátrios, em momento algum, seguiram o entendimento doutrinário, razão pela qual o artigo em questão ainda é aplicado em sua literalidade.

Assim, para que o impetrante de mandado de segurança coletivo tenha seu direito tutelado através da demanda coletiva, será necessário que o mesmo peticione nos autos do *writ* individual optando pela sua desistência.

¹⁶⁶ BUENO, Cássio Scarpinella – A nova lei do mandado de segurança – 2ª edição, Ed: Saraiva, p. 177-180.

O autor de mandado de segurança individual não pode simplesmente optar pela suspensão de sua demanda para saber se logrará êxito no mandado de segurança coletivo. De tal forma, caso o autor tenha o objetivo de manter a tutela do seu direito de forma individualizada, através do mandado de segurança individual, deverá exercer seu direito à autoexclusão da demanda coletiva (*right to opt out*), deixando, assim, de peticionar pedindo a desistência da demanda individual no prazo legal.

Em que pese as alegações de inconstitucionalidade do artigo 22, §2º, é notório que, enquanto não houver declaração de sua inconstitucionalidade, o *right to opt out* permanecerá vivo no microsistema coletivo brasileiro, sendo a única ferramenta apta a afastar a vinculação do indivíduo titular de direito transindividual da tutela coletiva.

Conclusão

O presente estudo procurou abordar os principais aspectos do direito à autoexclusão quando aplicado no âmbito do microsistema coletivo brasileiro, demonstrando que, embora o referido instituto tenha sido limitado de forma considerável pelo STJ, sua aplicação ainda é de grande relevância quando visualizado através do regramento do mandado de segurança.

A manutenção do instituto em nosso ordenamento possui ligação direta com a redação dada ao artigo 22, §2º, da Lei 12.016/09, que, ao não falar em suspensão da demanda individual, faz com que o indivíduo impetrante de *writ* individual tenha que peticionar requerendo a desistência para que tenha seu direito tutelado através do mandado de segurança coletivo.

A solução apresentada pelo artigo 22, §2º é tecnicamente ruim, tendo o mesmo sua constitucionalidade questionada pela doutrina pátria. A técnica apresentada pelo legislador pode, inclusive, ocasionar a perda do direito fundamental ao mandado de segurança, pois, caso o insucesso na demanda coletiva venha a ocorrer após o prazo de 120 (cento e vinte) dias, previsto no artigo 23 da Lei 12.016/09, não será mais possível buscar o indivíduo a tutela de seu direito de forma individual.

Não por outra razão a doutrina majoritária tem entendido que a melhor solução possível é fornecer nova interpretação ao texto do dispositivo. Nas palavras de Fredie Didier¹⁶⁷, “*a tendência é a jurisprudência considerar que o mais adequado é a suspensão do processo individual, conforme a regra do microsistema*”.

¹⁶⁷ Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/> - Acessado em 16.09.2017.

No entanto, cabe inferir que a nova interpretação sugerida, até o presente momento, encontra-se presente apenas no plano das ideias. Os Tribunais Pátrios ainda interpretam a regra contida no artigo 22, §2º de forma literal, não entendendo, assim, pela suspensão do mandado de segurança individual, mas sim pela sua desistência.

Possível concluir, portanto, que, enquanto não houver alteração de entendimento jurisprudencial, o *right to opt out* permanecerá vivo e efetivo no microssistema coletivo pátrio. Não obstante, através de raciocínio inverso, notório observar que, eventual alteração de entendimento jurisprudencial, poderia fazer com que o *right to opt out* deixasse de ter aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, já que o STJ, ao aplicar a ideia de suspensão prevista no artigo 104 do CDC, tem entendido que a mesma deve ocorrer de forma obrigatória.

Com a suspensão obrigatória da demanda individual, o *right to opt out* estaria, basicamente, sem qualquer aplicabilidade, visto que apenas faria sentido falar em direito à autoexclusão caso o indivíduo autor de demanda individual tivesse a liberdade de optar ou não pela suspensão do processo individual.

Com base no acima aludido, possível depreender que a aplicabilidade futura do *right to opt out* encontra-se condicionada a não alteração de entendimento por parte dos Tribunais Pátrios, no que diz respeito à redação do artigo 22, §2º, da Lei 12.016/09. Se futuramente vigorar o entendimento de que o mandado de segurança individual deverá ser obrigatoriamente suspenso diante da existência de *writ* coletivo, não haverá mais qualquer espaço para a manifestação de vontade por parte do autor, e, conseqüentemente, inexistirá viabilidade de manutenção do instituto no ordenamento pátrio.

Referências

ARGENTA, Graziela – Do processo Coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro – *Revista Eletrônica de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* – Rio de Janeiro, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella – *A nova lei do mandado de segurança* – 2ª edição, Ed: Saraiva, São Paulo, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. O mandado de segurança coletivo na Lei n 12.016/2009. In: ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes; MOREIRA, Alberto

Caminã. *Panorama atual das tutelas individuais e coletivas. Estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Ed: Saraiva, São Paulo, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 1, Ed: Lúmen Juris, São Paulo, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do Mandado de Segurança*. 2ª edição, Ed: Atlas, São Paulo, 2014.

DIDIER JR, Fredie. Art. 22, § 1º, Lei n. 12.016/2009. *Mandado de segurança coletivo. Direito de auto-exclusão da abrangência da jurisdição coletiva. Possível inconstitucionalidade. Apelo ao microssistema da tutela coletiva*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/>. Acesso em 28 Ago. 2017.

DIDIER JR, Fredie. *Condições da Ação e o projeto de novo CPC*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/>. Acesso em 16.08.2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. São Paulo: Jus Podivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Volume Único. São Paulo: Jus Podivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2016.