

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

EUDÓXIO CÊSPEDES PAES

**FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS PARA CONFIGURAÇÃO DA LITISPENDÊNCIA
NO PROCESSO CIVIL COLETIVO**

BRASÍLIA (DF)

2014

EUDÓXIO CÊSPEDES PAES

**FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA LITISPENDÊNCIA
NO PROCESSO CIVIL COLETIVO**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
exigência para obtenção do título de mestre em
Direito.

Orientador: Professor Doutor Guilherme
Fernandes Neto

BRASÍLIA (DF)

2014

EUDÓXIO CÊSPEDES PAES

**FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA
LITISPENDÊNCIA NO PROCESSO CIVIL COLETIVO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília, como exigência
para obtenção do título de mestre em direito.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto - Orientador

Prof. Dr. Italo Fioravanti Sabo Mendes

Prof. Dr. José Eduardo Sabo Paes

Prof. Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima (suplente)

*Dedico este trabalho a minha esposa Joseane, as minhas filhas Mariana e
Carolina, aos meus pais Aurora e Eudócio Vicente (i.m.) e aos meus cunhados
Ivan e Vilma
Barbosa . Sem o seu apoio e estímulo nada disto seria possível.*

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos ao Professor Guilherme Fernandes, por sua orientação e parceria durante toda a elaboração do trabalho.

Aos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pelo estímulo e exemplo profissional.

Agradeço ainda aos meus colegas Alexandre Mota, Kátia Sérvulo, Bruno Wurmbauer e Paulo Galvão, pela disponibilidade irrestrita que só a amizade pode assegurar.

RESUMO

Esta dissertação objetiva explicitar os fundamentos de natureza política e econômica que justificam a preocupação com as demandas litispendentes no âmbito do processo civil. Busca estabelecer paradigmas diferenciados para a compreensão do instituto da litispendência no processo coletivo, compatibilizando o manejo dessas ações com uma ordem processual orientada por regras e princípios de ordem constitucional. São destacados neste trabalho critérios que podem ser utilizados para identificar com precisão a litispendência entre processos coletivos submetidos a diferentes ritos processuais, a exemplo da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, da ação popular e da ação de improbidade administrativa. A partir dessa identificação, serão discutidas as providências processuais adequadas para assegurar maior efetividade ao processo coletivo, enfrentando questões de ordem prática relativas à competência, prevenção e conexão.

Palavras-chave: Litispendência. Processo coletivo.

ABSTRACT

This dissertation aims to expose the political and economic justifications for the concerns surrounding *lis pendens* in civil procedural law. It seeks to establish distinguished paradigms for the comprehension of *lis pendens* in the collective procedure, in order for these actions to be compatible with constitutional rules and principles. This work highlights the criteria to be used to identify when *lis pendens* occurs amongst different kinds of collective actions that are subject to different kinds of procedure, such as the public class action, the collective writ of *mandamus*, the public interest action and the administrative misconduct action. Stemming from these criteria, this dissertation will then discuss which procedural acts should adequately help secure higher effectiveness in the collective process, going through practical matters related to defining the jurisdiction, identifying which court is to be considered the first seized and what happens when similar claims are in place.

Keywords: *lis pendens*. collective procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
ACP	Ação Civil Pública
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
Ag Reg	Agravo Regimental
ART.	artigo
CC	Conflito de Competência
CDC	Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990
CPC	Código de Processo Civil – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DJ	Diário da Justiça
E Dec	Embargos de Declaração
EC	Emenda Constitucional
GLO	<i>Group litigation order</i>
IDEC	Instituto de Defesa do Consumidor
LACP	Ação Civil Pública - Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MP	Ministério Público
PL	Projeto de Lei
PROCON	Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor
REsp	Recurso Especial
RExt	Recurso Extraordinário
ROMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
RCL	Reclamação
REO	Reexame Necessário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
UNESA	Universidade Estácio de Sá
USP	Universidade de São Paulo
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
V	versus

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	FUNDAMENTO POLÍTICO DA LITISPENDÊNCIA	12
3	FUNDAMENTO ECONÔMICO DA LITISPENDÊNCIA	17
3.1	A economia processual	17
3.2	Manifestações do princípio da economia processual	19
3.2.1	Economia de custos	19
3.2.2	Eficiência	19
3.2.3	Duração razoável do processo	21
3.2.4	Efetividade	22
4	ELEMENTOS DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL	24
4.1	Partes na ação individual	25
4.2	Pedido na ação individual	26
4.3	Causa de pedir na ação individual	28
5	ELEMENTOS DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL COLETIVO	30
5.1	Da necessidade de um novo viés interpretativo	30
5.2	Partes em ação civil pública	39
5.2.1	Autor de ação civil pública no direito comparado	39
5.2.2	Autor de ação civil pública no direito brasileiro	45
5.2.2.1	Ministério Público	48
5.2.2.2	Defensoria Pública	49
5.2.2.3	Entes da Administração Direta e Indireta	52
5.2.2.4	Associações e sindicatos	53
5.2.2.5	Legitimação do indivíduo	55
5.3	Réu no processo civil coletivo.....	56
5.3.1	Réu em ação civil pública	56
5.3.2	Réu em ação popular	59
5.3.3	Réu em ação de improbidade administrativa	59
5.3.4	Legitimidade passiva em mandado de segurança coletivo	60

5.4	Pedido em ação civil pública	60
5.5	Causa de pedir em ação civil pública	65
5.5.1	Conteúdo: direitos metaindividuais	65
5.5.2	Origem dos direitos metaindividuais	66
5.5.3	Classificação dos direitos metaindividuais	68
5.5.4	Exemplos de direitos metaindividuais	69
6	CRITÉRIOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA LITISPENDÊNCIA NO PROCESSO CIVIL COLETIVO	72
6.1	Litispendência entre ações civis públicas do mesmo legitimado	72
6.2	Litispendência entre ações coletivas propostas por legitimados distintos.....	74
6.3	Litispendência entre ação civil pública e ação popular	78
6.4	Litispendência entre ação civil pública e mandado de segurança	85
6.5	Litispendência entre ação civil pública e ação individual	89
6.6	Litispendência entre ação civil pública e de improbidade administrativa.... ..	93
6.7	Trâmite simultâneo de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecido e processo coletivo	99
6.8	Trâmite simultâneo de ação direta de inconstitucionalidade e de processo coletivo	103
7	DISCIPLINA DA LITISPENDÊNCIA NAS PROPOSTAS DE CODIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL COLETIVO	106
7.1	O Projeto de Lei nº 5.139/2009 e o Projeto do CPC	106
7.2	O Anteprojeto de Código de Processo Coletivo de Antonio Gidi	108
7.3	O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos para Ibero-América	110
7.4	O Anteprojeto do Programa de Pós-Graduação da UERJ e da UNESA.....	110
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
	REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

A defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é missão das mais importantes em uma sociedade complexa e plural, sobretudo porque relacionada ao nobre fim de defesa do interesse do bem comum. Se o processo civil coletivo tem despertado o interesse de toda a comunidade jurídica, certamente isto ocorre em função dessa ambiciosa proposta de assegurar a tutela e a resolução dos litígios que digam respeito aos interesses metaindividuais.

Sucedem que decorridos quase trinta anos da publicação da Lei nº 7.347/85, que representa o principal diploma normativo regulador dos instrumentos processuais relativos à tutela coletiva, o fato é que paira no meio social a desconfiança de que tais mecanismos não tenham atingido integralmente os fins a que se propunham. O processo civil coletivo enfrenta uma crise de legitimidade e de efetividade. Além disso, problemas que eram peculiares ao processo individual (multiplicação de demandas, morosidade processual e ineficiência da máquina judiciária) geraram a necessidade de se adotar novos paradigmas no que diz respeito ao tratamento das ações que envolvessem interesses de toda a coletividade ou de parte dela.

No campo da tutela coletiva, o principal problema identificado é o de que em muitas situações, a fim de definir exatamente a mesma questão jurídica, diversos legitimados propõem um número significativo de ações de caráter coletivo, sujeitas ou não ao mesmo rito processual, com base nos mesmos fatos e objetivando as mesmas pretensões. Nesse emaranhado de ações civis públicas, mandados de segurança coletivos, ações de improbidade administrativa, ações diretas de inconstitucionalidade e recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, que tramitam paralelamente e sem prejuízo do processamento de um número indeterminado de ações individuais correlatas, a sensação que se tem é a de que estaria havendo uma espécie de excesso no ajuizamento destas demandas, cujo processamento indiscriminado poderia levar a resultados díspares, provocando no meio social uma instabilidade jurídica indesejável e uma sensação de desperdício de tempo e energia processuais com pouco ou nenhum resultado prático, numa péssima relação de custo e benefício social.

Nesse contexto, procuramos identificar um fundamento de ordem política e outro de ordem econômica para justificarmos o estudo da litispendência e a exata compreensão da sua importância no âmbito do processo civil coletivo. Na sequência, passamos ao estudo detalhado dos elementos da ação no processo civil coletivo. Partindo de uma concepção pós-positivista, em que o processo civil está voltado à concretização dos princípios constitucionais do acesso à Justiça e da eficiência, buscamos definir quem poderia ser autor e réu em cada um

destes procedimentos (no direito comparado e no direito pátrio), que tipo de causa de pedir seria correlata a eles e qual tipo de pedido poderia ser formulado em cada um destes ritos. Tudo foi feito com o intuito de definir se a diversidade de substitutos processuais e de ritos constituiria, ou não, óbice para a configuração da litispendência no processo civil coletivo; e também para discutir se, caracterizada a litispendência, o julgador teria discricionariedade para avaliar se o caso é de extinção do processo mais moderno, como determina a legislação processual brasileira, ou se o caso concreto pode justificar a decisão judicial pela reunião dos feitos coletivos para julgamento simultâneo.

Por fim, colacionamos os quatro principais anteprojetos de lei que buscam codificar o processo civil coletivo no Brasil, na parte em que pretendem regular a litispendência, expondo quais seriam as vantagens e desvantagens de cada um dos regramentos propostos, com a intenção de formar um juízo crítico acerca do tema sob exame.

2 FUNDAMENTO POLÍTICO DA LITISPENDÊNCIA

Indaga-se a respeito da existência de uma razão no âmbito político para justificar a providência processual de extinção do processo em caso de litispendência. A resposta a esta indagação nos parece afirmativa, na medida em que uma das finalidades da litispendência é evitar a possibilidade de o Poder Judiciário dar soluções contraditórias a um mesmo litígio posto sob sua apreciação. Acaso os feitos litispendentes tramitassem simultaneamente, haveria o risco de formação de coisa julgada em sentidos diversos, gerando conflitos de ordem lógica ou mesmo de ordem prática que poderiam inviabilizar a concretização do comando jurisdicional, gerando instabilidade jurídica. A preocupação com a coerência do que vier a ser decidido contribui para a harmonização dos julgados e com a própria segurança do sistema jurídico.

O fundamento exposto está diretamente relacionado à própria razão de ser do Estado e com a discussão a respeito da finalidade da organização estatal e de que maneira ela pode atingir os objetivos a que se propõe. Esse debate guarda total relação com o assunto tratado nesta dissertação. Destacamos a seguir diversos filósofos políticos com discurso conservador e que defenderam a ideia de que o desenvolvimento do Estado não prescinde da estabilidade social. Seu pensamento reforça a ideia de preocupação do Estado com o valor da segurança jurídica como condição para a consolidação e desenvolvimento do ente estatal. O ponto comum entre todos é o de que a estabilidade jurídica é necessária à consolidação e desenvolvimento do estado e da sociedade como um todo.

Platão, em sua Carta VII a Díon¹, já defendia que o exercício do poder político deveria respeitar a essência da justiça, corporificada na ideia do bem, tanto no âmbito do Estado quanto naquele do indivíduo. O caminho da estabilidade e da segurança no contexto do Estado dependeria da mudança de postura dos governantes. Estes deveriam desenvolver uma noção de controle em suas vidas pessoais e também em seus governos, evitando o arbítrio que somente prejudica o Estado. O primeiro passo para atingir esse estágio de amadurecimento institucional seria o governante conquistar o maior controle possível sobre sua própria pessoa, evitando os excessos em sua vida privada. Além disso, seria necessária uma aliança com amigos e companheiros dignos de confiança e leais ao ponto de não ser traído em momento futuro. A partir desse autocontrole e das alianças, o governante poderia realizar sua gestão mediante leis e formas de governo, as quais multiplicariam o alcance de seu império. O essencial seria que todo governante tivesse o aprendizado de que o Estado não está submetido

¹Platão, Cartas e epigramas, p. 60.

ao déspota de plantão, mas às leis, e que o elemento necessário para a longa duração de um governo seria a estabilidade, e que essa estabilidade adviria do respeito às leis, tanto por parte do governante, como por parte dos governados. A essa estabilidade se atribuem muitos conceitos correlatos – paz, equilíbrio e segurança jurídica, os quais viabilizam o desenvolvimento do ente estatal.

Partindo de conceitos relativos à moral individual, Aristóteles demonstrou conceitos de fundamental importância para os entes políticos. Em sua obra *Ética a Nicômacos*², salienta que a virtude do homem é a disposição de caráter que o torna bom e que o faz desempenhar a sua função de forma equilibrada, pois o excesso e a falta viciam a excelência das obras. Embora a lição de Aristóteles seja direcionada ao indivíduo, as premissas assentadas podem se aproveitar no sentido de indicar que o governante virtuoso será aquele que conduz a sua gestão com equilíbrio, evitando excessos e omissões que viciariam o seu proceder. A cidade (estado) que age de forma equilibrada, garantindo segurança jurídica aos seus concidadãos, permite que a vida destes possa se desenvolver de forma virtuosa.

Em outra obra, intitulada *A Política*, Aristóteles reconhece que o bem supremo do Estado é a união de seus membros, porque evita todo dissenso civil³. O governo perfeito, por sua vez, procura assegurar aos cidadãos a ele submetidos, no curso ordinário das coisas, o gozo da mais perfeita felicidade, compatível com sua condição⁴. Conclui-se que o Estado mais eficiente para atingir o seu objetivo de produzir felicidade por meio da política é o estado virtuoso e prudente, marcado pela preocupação com a segurança jurídica.

Tomas de Aquino, por sua vez, procurou identificar qual seria a melhor forma de agir do Estado quando tratou da matéria relativa à origem do governo régio e o que competiria ao ofício do Rei. Para tanto, valeu-se das passagens bíblicas, da Filosofia e dos exemplos dos príncipes. Para ele, que era padre e expoente da Escolástica, o homem é um animal, por natureza, social e político⁵, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais. Entretanto, ao contrário dos animais, o homem não nasce com meios de defesa naturais, tais como os dentes, os chifres, as unhas, ou pelo menos a velocidade para a fuga. A arma do homem é a própria razão, apenas. Mas a razão é mecanismo insuficiente para assegurar a sobrevivência humana de forma isolada, motivo que o leva a viver em sociedade⁶, para que um seja ajudado por outro e pesquisem nas diversas matérias. E sendo natural ao homem viver em sociedade, prossegue Tomas de Aquino, a multidão precisa ter um líder, alguém que a

² Aristóteles, *Ética a Nicômacos*, Livro Segundo, VI, p. 72.

³ Aristóteles, *A Política*, Livro II, Capítulo I, p. 33.

⁴ Aristóteles, *op. cit.*, p. 40.

⁵ Tomas de Aquino, *Do governo dos príncipes*, p. 27.

⁶ Tomas de Aquino, *op. cit.*, p. 29.

guie, com vistas ao bem comum de todos os membros, e não somente ao bem particular de cada um e ao do próprio governante em particular. A leitura desse texto de Tomas de Aquino permite identificar qual seja a finalidade do Estado, representada em um líder: a promoção da paz e do bem comum.

Na mesma linha de valorização da segurança jurídica temos o pensamento de Montesquieu, que nasceu e viveu na França, de 1689 a 1755. Em sua obra mais conhecida, *O espírito das leis*⁷, o filósofo de Bordeaux procurou traçar uma relação entre as leis e a constituição de cada governo, com os costumes, o clima, a religião e o comércio local. Para ele, as leis são o resultado dessas relações necessárias que derivam da natureza das coisas. Tais normas são de observância obrigatória para todos, sob pena de configuração do caos⁸. As leis elaboradas são precedidas de relações de equidade, que sujeitam todos a sua observância. Mas o homem, sendo ser inteligente, viola incessantemente as leis que Deus estabeleceu e transforma aquelas que ele mesmo estabeleceu. Ainda que dotado de livre-arbítrio, está sujeito à ignorância, ao erro e às paixões. Em função disto, os legisladores fizeram-no voltar a ter deveres com as leis políticas e civis. A partir do momento em que o homem convive em sociedade, deixa de se considerar fraco e igual ao semelhante, dando início ao estado de guerra entre indivíduos, culminando no estado de guerra entre nações. A guerra tem por objetivo a vitória; a vitória objetiva a conquista, e esta almeja a conservação, sendo a conservação o valor maior a ser buscado. Independente da natureza de um governo, a sua forma de atuar dependerá do seu princípio, vale dizer, das paixões humanas que o fazem mover-se⁹. Mas nenhuma forma de governo dependerá mais da virtude para se manter estável do que o governo popular, pois o governante que faz executar as leis sente que está a elas submetido e que suportará seu peso. A noção de consciência de limites mais uma vez é considerada essencial para a estabilidade de um sistema político. Mesmo num governo aristocrático, será necessária a virtude, pois na aristocracia existe um governo de nobres, que precisarão ter uma noção de limites para aplicar corretamente as normas contra os seus pares. Se é fácil para um nobre reprimir os outros, é difícil que ela reprima a seus iguais a menos que possua virtude. Daí ser essencial a virtude. Num governo monárquico, entretanto, o princípio não será o da virtude, porque infelizmente o ambiente cortesão é marcado pelo ócio, pela baixeza no orgulho, pelo desejo de enriquecer-se sem trabalho, pela aversão pela verdade, pela bajulação, pela traição, pela perfídia, pelo abandono de todos os compromissos, pelo desprezo pelos deveres do cidadão, pelo temor da virtude do príncipe, pela esperança de sua fraqueza e

⁷ Montesquieu, *O espírito das leis*, p. 77.

⁸ Montesquieu, *op. cit.*, p. 81.

⁹ Montesquieu, *op. cit.*, p. 85.

principalmente pelo ridículo perpétuo lançado sobre a virtude¹⁰. Assim sendo, se a virtude deve ser o princípio de uma democracia, pelo menos a honra deve estar presente para assegurar a estabilidade de uma monarquia. No caso de um governo despótico, por sua vez, o princípio será o do temor, pois é prescindível a virtude e perigosa a honra. Conforme demonstrado, Montesquieu procura durante todo o tempo identificar a natureza e o princípio que move cada forma de governo, para concluir que o conhecimento das peculiaridades de cada um destes é o que permite que o governo em questão seja estável e possa se manter com prosperidade ao longo do tempo. Por conseguinte, a estabilidade é um valor a ser perseguido por qualquer governante.

Outro defensor do valor da segurança jurídica foi John Locke, filósofo inglês e ideólogo do liberalismo, que viveu na Inglaterra entre 1632 e 1704. A maior contribuição de Locke ao pensamento liberal se deu por meio de sua argumentação em favor do trabalho. O autor argumenta que quando o homem nasce, enquanto ser dotado de razão, tem o direito de se preservar e a consumir tudo o que for necessário para sua subsistência. É por meio do trabalho¹¹ e das obras produzidas que o homem se apropria das coisas da natureza (aqui incluídos a terra, os animais e os frutos), passando a ter direito sobre elas a partir de então. Tudo o que um homem pode utilizar de maneira a retirar uma vantagem qualquer para sua existência sem desperdício constitui o objeto daquilo que pode ser apropriado por meio do seu trabalho¹². Locke afirma que Deus deu o mundo aos homens em comum para que o utilizasse de forma industriosa e racional. Da mesma maneira devem agir os governos, que deverão estabelecer leis de liberdade para proteger e encorajar a indústria honesta da humanidade diante da opressão do poder. O Estado deve reunir condições de estabilidade necessária para o desenvolvimento do trabalho e da prosperidade do cidadão, bem como a manutenção da propriedade. Para que isso ocorra, o poder político deve se orientar sempre por princípios que o conduzam a uma situação distinta daquela que caracteriza o estado de natureza: o governo deve obedecer leis estabelecidas e permanentes, promulgadas e conhecidas do povo e instituídas para o seu benefício, aplicadas de forma indistinta para o favorito da corte e para o camponês que conduz o arado, e não por meio de decretos improvisados ao sabor da conveniência; o poder deve ser exercido por juízes imparciais e íntegros, que decidirão as controvérsias conforme estas leis; e toda a atuação estatal deve ser orientada com vistas à consecução da paz, da segurança e do bem público do povo. Por conseguinte, os valores da

¹⁰ Montesquieu, *op. cit.*, p. 90.

¹¹ John Locke, Segundo tratado sobre o governo civil, Capítulo V, p. 43.

¹² John Locke, *op. cit.*, p. 52.

segurança jurídica e da estabilidade são os mais caros ao estado liberal, pois permitem o gozo pacífico e estável da propriedade.

Kant nasceu em Königsberg, Prússia, no ano de 1724. Foi um dos mais importantes filósofos do pensamento ocidental, superando uma querela existente entre empirismo e racionalismo. Sua produção científica é dividida em três fases: período pré-crítico, período crítico e período das obras em desenvolvimento, sendo que o segundo é o de maior interesse para o campo jurídico. No período crítico, marcado pelas obras *Crítica da Razão Pura*, *Crítica da Razão Prática*, *Fundamentação da metafísica dos costumes* e *Crítica do Juízo*, Kant trabalha com a ideia de liberdade, tanto sob o prisma individual quanto sob o prisma institucional. Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, apresenta a fórmula mais completa do estado liberal, pois para ele o contrato coletivo não consubstancia uma renúncia de direitos individuais, mas o reconhecimento da própria liberdade. Na obra de Kant, há o recurso à figura da boa vontade, que é considerada boa exclusivamente em razão da própria natureza do querer, ou seja, a vontade de agir por dever. Assim, se o indivíduo deve se comportar de maneira a seguir uma norma de conduta como um fim em si mesmo, da mesma maneira o Estado deve atuar na conformidade com o que seu povo adotou como norma orientadora de sua conduta. As diretrizes a serem seguidas pelo Estado, por conseguinte, não serão ditadas pelo governante de plantão, mas por normas elaboradas pelos legisladores, enquanto legítimos representantes dos anseios populares. A contribuição da obra de Kant para o modelo de estado liberal é indiscutível, na medida em que ele enfatiza a noção de liberdade do indivíduo. Além disso, o conceito de paz perpétua diz respeito diretamente à noção de estabilidade e de segurança jurídica que todos os indivíduos racionais devem buscar para atingir os seus objetivos individuais e coletivos.

Do exame do pensamento dos supracitados filósofos resulta que os valores da segurança jurídica e da estabilidade, compreendidos na ideia platônica do bem, no conceito aristotélico de felicidade, na noção de bem comum de Tomás de Aquino, no princípio que rege cada governo adotado por Montesquieu, no ideal de manutenção da propriedade de Locke e no conceito de liberdade e de boa vontade de Kant, são essenciais para a consolidação de qualquer forma de organização governamental.

Daí ser plenamente justificável a preocupação do processualista em não admitir a possibilidade de trâmite simultâneo de demandas repetidas, sob pena de tumulto processual e produção de julgados díspares e contraditórios, os quais serão incompreendidos pelo cidadão comum, provocando um estado de insegurança jurídica que deve ser evitado pelo Estado, pelas razões anteriormente expostas.

3 FUNDAMENTO ECONÔMICO DA LITISPENDÊNCIA

3.1 A economia processual

O segundo fundamento da litispendência possui natureza econômica. Consiste em evitar a reprodução de atos processuais no bojo de um processo idêntico a outro que havia sido proposto anteriormente. Para que não haja a prática inútil de atos processuais, dissipando tempo e energia sem nenhuma utilidade, extingue-se o segundo processo sem a resolução do seu mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC. A medida processual é acertada, sobretudo se compreendida num contexto econômico, conforme veremos a seguir.

Sabe-se que a Administração Judiciária conta com recursos materiais e humanos escassos, os quais precisam fazer frente a necessidades ilimitadas. Tais necessidades se exteriorizam por meio do numeroso acervo processual existente no país, da ordem de dezenas de milhões de processos, que nada mais representam que o exercício do direito de ação por parte de pessoas que tradicionalmente se encontravam excluídas do sistema judicial.

A opção política adotada durante a segunda metade do século XX no Brasil, no sentido de incrementar o acesso à Justiça, aliada a um momento de maior conscientização dos cidadãos a respeito de seus direitos, acabou por ensejar uma avalanche de demandas judiciais no país. Esse enorme acervo processual acabou gerando um indesejável contingenciamento de feitos e o consequente descrédito da sociedade no Poder Judiciário, que não conseguia fazer frente a esta demanda. Surgiram críticas à morosidade do processo como um todo e à sua própria efetividade. Dessas críticas adveio uma discussão sobre um novo conceito para o acesso à Justiça, que não mais significaria apenas a possibilidade de ingresso em juízo por meio do direito de ação, mas também o direito titularizado por toda a sociedade a uma ordem jurídica justa¹³, capaz de concretizar direitos em um espaço de tempo aceitável. Diante desse quadro de recursos limitados e de demandas infinitas, foi necessária a adoção de mecanismos econômicos que pudessem otimizar o resultado da estrutura existente, vale dizer, obter o máximo de resultado com o mínimo de esforço, e nisso consiste o princípio da economia processual. A preocupação com os direitos transindividuais e com o próprio modo de ser do processo representam a segunda e terceira ondas de renovação do processo.

¹³ O Projeto de Lei 5.139/2009, que pretendia codificar as normas processuais coletivas, estipulava como um dos princípios do processo civil coletivo o amplo acesso à Justiça.

Segundo Richard Posner¹⁴, esse raciocínio econômico aplicado ao campo jurídico partiu do conceito de utilitarismo de Bentham, segundo o qual os indivíduos, em todas as esferas da vida humana, buscam o máximo de sua satisfação. Os seres humanos são maximizadores racionais dessa satisfação, calculando a dor e o prazer (o custo e o benefício) de cada um de seus passos. Suas ações são pautadas pelo princípio da maior felicidade, ou da utilidade, segundo o qual a solidez de qualquer política pública deve ser avaliada de acordo com a promoção da maior felicidade para o maior número de pessoas.

Posner argumenta que no utilitarismo, o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade, acumulada por todos os habitantes da sociedade. Acredita, ainda, que as escolhas racionais dos homens não se adstringem ao campo econômico, mas alcançam todas as esferas do comportamento humano, inclusive a esfera jurídica.

Os juízes, nesse contexto, agiriam como agentes maximizadores do bem-estar econômico, pois dentro dos limites impostos pelos custos administrativos do sistema judiciário (aos quais se deve atentar em qualquer tentativa de promover a eficiência por meio de normas jurídicas), as decisões judiciais conduzem o sistema econômico a um resultado mais próximo do que seria obtido por intermédio da concorrência efetiva, ou seja, no âmbito de um mercado livre, sem externalidades significativas, monopólio ou problemas de informação.

Conforme preleciona Daniel Amorim Assumpção Neves, o processo coletivo está vocacionado à economia processual, na medida em que representa contraponto ao recente fenômeno da multiplicidade de processos judiciais, que em nosso país já se apresenta em quantitativo próximo à centena de milhão de feitos em andamento. A ideia é bastante simples. Com a propositura de um processo coletivo, evita-se o desnecessário ajuizamento de outros processos coletivos com o mesmo substituto processual ou com substitutos processuais distintos, bem como um a avalanche de processos individuais que buscam exatamente os mesmos resultados do processo coletivo anteriormente proposto.

No particular da litispendência entre processos coletivos, há um grande número de situações que podem ser resolvidas com a correta aplicação dos institutos da prevenção, conexão e da litispendência. Todavia, no âmbito da concomitância de um processo coletivo e de milhões de demandas individuais, a situação se configura bem mais complexa, haja vista que o próprio direito positivo (art. 104 do CDC) afasta a possibilidade de configuração de litispendência. Nesse ponto, o legislador brasileiro deixou de adotar uma ferramenta que

¹⁴Richard Posner, *A economia da justiça*, p. 49.

poderia diminuir sensivelmente o número expressivo de demandas que sobrecarregam o Poder Judiciário brasileiro.

3.2 Manifestações do princípio da economia processual

O princípio da economia processual pode ser considerado sob três aspectos: economia de custos, eficiência e duração razoável do processo.

3.2.1 Economia de custos

Segundo Rui Portanova¹⁵, a economia de custos é demonstrada por meio da economia financeira, do barateamento de custas processuais, pela gratuidade de custas para os necessitados (Lei 1.060/50), e pela estruturação da Defensoria Pública e dos Juizados Especiais estaduais e federais. Assim, todas as ações da Administração do Poder Judiciário devem ser informadas por tais medidas, que se dirigem a incrementar o acesso à Justiça da forma menos onerosa possível.

3.2.2 Eficiência

A eficiência e a maximização da riqueza como conceitos éticos seriam a maior característica da economia normativa¹⁶. Daí se falar em uma ética da maximização da riqueza, limitada pelo respeito às escolhas individuais. O objetivo a ser atingido é o da eficiência, no sentido de uma conveniência analítica que torna possível discutir separadamente as questões de alocação e as de distribuição de recursos, com vistas à consecução dos melhores resultados para o maior número de indivíduos.

Vale registrar que o princípio da eficiência foi incluído expressamente no texto constitucional por ocasião da Emenda Constitucional nº 19/1998, havendo na doutrina¹⁷ quem afirme que este princípio em verdade já era previsto de forma implícita nos princípios do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB).

Segundo o art. 37 da CRFB, toda a atividade da Administração Pública deve se pautar, dentre outros princípios, pelo da eficiência. A função jurisdicional, enquanto atividade própria

¹⁵ Rui Portanova, *Princípios do processo civil*, p. 25.

¹⁶ Richard Posner, *op. cit.*, p. 78.

¹⁷ João Gilberto Gonçalves Filho, *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*, p. 17. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-085839/pt-br.php>.

do Estado, e toda a estrutura administrativa que lhe dá suporte também devem se pautar pelo referido princípio. Outros afirmam que o princípio da eficiência seria dirigido exclusivamente à Administração Pública, que no exercício de suas opções administrativas deveria alocar recursos materiais e humanos de maneira que estes pudessem produzir o melhor resultado.

Consideramos que realmente a Administração do Poder Judiciário se sujeita ao princípio da eficiência. Mas também é verdade que o Juiz, enquanto administrador da unidade jurisdicional e condutor de todo o procedimento, também deve se pautar pelo princípio da eficiência, adotando medidas administrativas que possam resultar na otimização dos recursos materiais e humanos, propiciando os melhores resultados com o emprego dos recursos limitados de que dispõe. O Magistrado poderá ainda adotar medidas de cunho processual de forma a racionalizar e simplificar os procedimentos, de maneira a assegurar a máxima eficiência do ponto de vista processual. Uma jurisdição eficiente, em nosso sentir, além de ser efetiva, deve ser prestada em tempo ótimo, pois como diria Rui Barbosa, a Justiça atrasada não é Justiça; senão injustiça qualificada e manifesta.

Por fim, registramos que o princípio da eficiência, além de ser dirigido à Administração do Poder Judiciário e aos atores processuais, também se direciona ao Poder Legislativo, que deverá elaborar normas processuais que permitam o máximo de efetividade com o mínimo de dispêndio de energia processual. Como exemplo desses procedimentos simplificados que consagram a eficiência, Rui Portanova¹⁸ destaca o art. 162, §4 do CPC¹⁹; o sistema cautelar²⁰, a possibilidade de julgamento unitário de diversas pretensões²¹, o tratamento dado às nulidades²² e o instituto da tutela antecipada²³. Por fim, destacamos como exemplo o regramento aplicável à litispendência (art. 267 do CPC), objeto de nosso estudo, que determina a extinção sem resolução do mérito quando da propositura de ação judicial que reproduza outra anteriormente proposta.

¹⁸ Rui Portanova, *Princípios do processo civil*, p. 28.

¹⁹ A prática de atos ordinatórios pelo servidor sem a necessidade de conclusão e despacho agilizam o trâmite do feito.

²⁰ O poder geral de cautela atribuído ao Juiz representa importante mecanismo para evitar lesão grave ou de difícil reparação para a parte interessada.

²¹ O julgamento simultâneo de processos agiliza e simplifica o desfecho de ações judiciais.

²² O aproveitamento dos atos processuais em caso de nulidades sanáveis é medida racional que visa evitar a reprodução desnecessária de atos processuais.

²³ A possibilidade de antecipação dos efeitos executórios da sentença de mérito representa o adiantamento da utilidade do processo para a parte que demonstre reunir os requisitos para sua concessão.

3.2.3 Duração razoável do processo

A preocupação do legislador com o tempo em que a atividade jurisdicional é prestada foi tão significativa que resultou na previsão de um novo direito fundamental pela Emenda Constitucional nº 45, popularmente conhecida como Reforma do Judiciário: o direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Segundo o inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB, todos os litigantes em processo judicial e administrativo titularizam o direito a uma tramitação célere, com resultado em tempo razoável.

Nelson Nery Junior²⁴ argumenta que esse princípio se originou de previsão normativa contida no art. 8ª do Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Internacional de Direitos Humanos), de 22.11.1969, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 27/92, que prevê a garantia de que todos devem ser ouvidos em tempo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Embora a norma se refira a procedimentos criminais, entende-se que sua aplicação deve alcançar também os feitos de natureza cível, haja vista a sua natureza de direito fundamental.

Além disso, Nery Júnior considera que o princípio da duração razoável do processo possui duas funções. A primeira delas, a de orientar o tempo do processo judicial, para que este chegue a termo em tempo adequado, observando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A segunda função é a de estimular os meios alternativos de solução dos litígios, de sorte a aliviar a carga de trabalho do aparato judiciário, permitindo que este possa abreviar o julgamento daqueles feitos que já se encontram em juízo.

Prossegue o processualista argumentando²⁵ que a razoabilidade da duração do processo deve ser aferida mediante critérios objetivos, tais como a natureza do processo (especificidades do rito; existência de litisconsórcio nos pólos da relação processual) e a complexidade da causa (pode haver a necessidade de dilação probatória, a exemplo de perícia múltipla); b) o comportamento das partes e de seus procuradores, que se espera ser diligente e não procrastinatório; c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes, que devem se pautar pelo princípio da eficiência do serviço público, prevista no art. 37 da CRFB, e no caso do juiz, pelo dever de velar pela rápida

²⁴ Nelson Nery Junior, *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 317.

²⁵ Nelson Nery Junior, *op. cit.*, p. 320.

solução do litígio, nos termos do art. 125, II, do Código de Processo Civil, sem prejuízo da necessária estruturação do aparato material e humano do Judiciário, que deve fazer frente à crescente demanda verificada no país; d) a fixação legal dos prazos para a prática de atos processuais que assegurem efetivamente o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Percebe-se, entretanto, que houve pouca discussão a respeito de quais seriam os meios colocados à disposição da sociedade para que a prestação jurisdicional pudesse ocorrer de forma eficiente e num tempo razoável, sendo que se aponta para caminhos alternativos de resolução de litígio, tais como a mediação e a arbitragem. Espera-se que a Administração do Poder Judiciário adote providências efetivas para estruturar a primeira instância, viabilizando a função jurisdicional em tempo ótimo.

3.2.4 Efetividade

Celso Antonio Pacheco Fiorillo²⁶ considera a preocupação com a efetividade como um dos grandes marcos do processo civil moderno, seja no que diz respeito ao seu aspecto de eficiência, seja no que tange à possibilidade concreta de acesso à Justiça. A concretude dos direitos não prescinde de uma postura ativista por parte do Poder Judiciário, que não deve mais se limitar a assumir posturas conformistas e se abster de responsabilidade perante a sociedade por meio de mera invocação ao princípio da separação dos poderes. Deve ser dada prioridade às atitudes que contribuam para o cumprimento integral da Constituição, que não pode ser prejudicado em função do comodismo e da inércia de alguns órgãos do Poder Público.

Essa proatividade judicial deve ser externada de diversas maneiras, conforme preleciona Daniel Amorim Assumpção Neves²⁷.

De plano, destaca-se a necessidade de uma tutela de urgência ampla, de forma a afastar concretamente o perigo de ineficácia representado pelo tempo necessário à concessão da tutela definitiva. Esse imperativo estaria atendido de forma satisfatória no processo civil brasileiro, uma vez que contamos com eficientes instrumentos de tutela cautelar, garantidora, e de tutela antecipada, satisfativa.

Num segundo momento, deve-se assegurar ao juiz mecanismos poderosos de execução indireta, por meio dos quais o devedor será convencido de que o melhor a fazer é cumprir a obrigação, evitando a imposição de astreintes, de prisão civil ou outra medida que se revelar

²⁶ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Princípios do direito processual ambiental*, p. 180.

²⁷ Daniel Amorim Assumpção Neves, *Manual de processo coletivo*, p. 74.

necessária para assegurar o fiel cumprimento da obrigação, a exemplo da multa pessoal por prática de ato atentatório à dignidade da Justiça.

Num terceiro momento, levar a sério o compromisso de observar a duração razoável do processo, com vistas a garantir que a prestação jurisdicional seja prestada em tempo hábil.

4 ELEMENTOS DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL

Sabe-se que os pressupostos processuais representam requisitos para a constituição e desenvolvimento da relação jurídica processual. Alguns deles necessitam estar presentes para que o processo seja instaurado de forma devida, a exemplo da petição inicial apta e da citação válida. Outros, quando constatados pelos atores processuais, impedem que a relação jurídica processual se desenvolva regularmente. Estes são denominados de pressupostos processuais negativos e estão elencados no art. 267, V, do CPC. Dentre estes pressupostos processuais negativos, destacamos o da litispendência.

Configura-se a litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada e que está em curso. Para que a ação seja considerada como repetida, deverá possuir as mesmas partes, pedido e causa de pedir de outro processo que já se encontrava em trâmite quando do ajuizamento da segunda demanda. Cada um destes elementos possui características próprias, cujo estudo individualizado se justifica, uma vez que é por meio deles que se definirá a identidade, a semelhança ou a diferença entre processos judiciais em curso, com as consequências processuais daí decorrentes.

A providência processual prevista para as situações em que constatada a litispendência entre demandas individuais é a extinção do processo mais moderno sem a resolução de seu mérito, de ofício ou a requerimento da parte, nos termos do art. 267, V, do Código de Processo Civil. A mesma reação processual está prevista no art. 327 do Projeto de Lei 8.048/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados (Novo Código de Processo Civil).

Dessa maneira, evita-se o processamento desnecessário de demandas repetidas, pois é mais acertado praticar de uma só vez atos processuais cuja repetição seria absolutamente desnecessária, por implicar dispêndio de recursos, de tempo e de energia processuais. A justificativa econômica é considerada robusta

Além disso, evita-se a possibilidade de o Poder Judiciário dar soluções contraditórias a um mesmo litígio posto sob sua apreciação, racionalizando a sua atividade. A preocupação com a coerência do que vier a ser decidido contribui para a harmonização dos julgados e com a própria segurança do sistema jurídico. Se a principal finalidade do processo é tornar efetivo o direito material, com vistas à pacificação social, é necessário impedir a duplicidade de processos tendo por objeto a mesma lide que esteja pendente, os quais poderiam conduzir a resultados díspares.

A litispendência deve ser compreendida, por conseguinte, como pressuposto processual negativo, justamente porque a validade da relação processual depende de ela não existir no

caso analisado; acaso esteja configurada, a relação processual não poderá ser desenvolvida de forma válida. Constatada a litispendência, impõe-se a extinção do processo idêntico mais moderno.

Situação diversa se caracteriza quando, a despeito de haver aparente identidade entre demandas em andamento, o que existe é uma mera afinidade. A afinidade entre causas não se confunde com a litispendência. Naquela situação, não há que se falar em extinção do processo, pois o sistema jurídico admite o processamento simultâneo das demandas afins. As demandas até poderiam ser propostas de forma reunida, se os interessados assim desejassem. Entretanto, não se admite a imposição do processamento simultâneo, uma vez que inexistente fundamento legal para tanto.

Pode haver, ainda, situações em que haja identidade entre um ou alguns dos elementos das demandas em curso, as quais serão consideradas conexas. A conexão também se distingue da litispendência. No cotidiano forense estas situações são frequentes, e decorrem das especificidades de cada causa. Em algumas, o ponto em comum será a causa de pedir; em outras, a identidade será constatada precisamente no pedido de cada uma delas. A conexão pode provocar a reunião dos processos para julgamento simultâneo, com a prorrogação da competência do juízo que não o era originariamente para uma das causas.

A caracterização da litispendência e a sua distinção com os institutos da afinidade e da conexão é feita a partir da identificação dos elementos da demanda, o que enseja a necessidade de abordagem dos elementos da ação para apurar os pontos em que se assemelham ou se diferenciam as demandas: partes, pedido e causa de pedir. A partir da exata compreensão do que venham a ser os conceitos de *personae*, *res* e *causa petendi* em uma demanda individual, será possível transpor esses conceitos para o âmbito de um processo que verse sobre direitos transindividuais. Esse é o caminho do raciocínio que pretendemos desenvolver ao longo deste capítulo.

Passemos, por conseguinte, ao exame de cada um dos elementos da ação no processo individual. Oportunamente analisaremos os elementos da ação no processo que verse sobre interesses transindividuais.

4.1 Partes na ação individual

Em sua definição clássica, a parte tem sido compreendida como aquele que demanda em seu próprio nome a atuação de uma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é

demandada²⁸. Liebman, por sua vez, define as partes como os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz²⁹. Para Frederico Marques³⁰, partes são as pessoas que pedem e contra as quais se pede, em nome próprio, a tutela jurisdicional. Aquele que pede a tutela jurisdicional, tem o nome de autor; e de réu aquele contra quem essa tutela é pedida. Esses conceitos são muito úteis para identificar as posições que se pode assumir em uma relação jurídica.

Com efeito, sabe-se que a relação jurídica processual possui dois polos. No polo processual ativo se encontra aquele que vem a juízo pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito em face de outrem. Essa pessoa que formula pedido em juízo é denominada de autor, sendo que o mais usual é que aquele que se entenda titular de um direito material venha a juízo postular direito que seria supostamente de sua titularidade.

Haverá ocasiões, entretanto, em que uma pessoa virá a juízo em nome de outra, na defesa dos interesses desta. Tal hipótese, denominada de substituição ou legitimação extraordinária, possui caráter excepcional e somente pode ocorrer nas hipóteses expressamente previstas por lei, nos termos da legislação processual de regência. As noções de representação e substituição serão oportunamente analisadas quando do estudo das partes em ação civil pública.

Por fim, existe a posição processual da pessoa em face de quem a prestação jurisdicional é pleiteada. Esta pessoa é denominada de réu e é contra ela que o processo é deflagrado.

4.2 Pedido na ação individual

Segundo Frederico Marques, o pedido consiste na dedução da pretensão em juízo. O autor formula sua pretensão perante o estado para que seja declarada a vontade da lei destinada a disciplinar e regular a situação jurídica derivada do conflito de interesses, ou litígio. Em sentido estrito, o pedido corresponde ao bem jurídico que o autor pretende obter por meio da tutela jurisdicional.

Classifica-se o pedido imediato de acordo com a prestação a ser adimplida pelo réu. Se o que o autor pretende é uma prestação de dar, diz-se que o pedido é condenatório. Quando ele busca a declaração de uma relação jurídica, o pedido será considerado declaratório. Por fim, se a pretensão do autor consiste em inovar a ordem jurídica, seja para constituir ou para desconstituir uma relação anterior, denominar-se-á o pedido de constitutivo. A essa

²⁸Giuseppe Chiovenda, Instituições de direito processual civil, p. 320.

²⁹Enrico Tulio Liebman, Manual de direito processual civil, p. 123.

³⁰José Frederico Marques, Instituições de direito processual civil, p. 247.

classificação, foram acrescentadas as figuras do pedido cominatório e do pedido inibitório, que são apenas desdobramentos daquele pedido que originariamente era considerado como condenatório.

O pedido mediato, por sua vez, é o bem da vida que se pretende alcançar com a deflagração do processo judicial. Pode ser ele um bem móvel ou imóvel, um bem corpóreo ou incorpóreo, e até mesmo a declaração de certeza sobre a existência ou inexistência da relação jurídica.

O pedido precisa ser certo e determinado, nos termos do art. 286 do CPC. No entanto, admitem-se as figuras dos pedidos genérico, alternativo, cumulado, subsidiário, sucessivo e de prestações periódicas, bem como a sua cumulação, quando possível.

De acordo com os arts. 128, 293 e 460, todos³¹ do CPC, os pedidos são interpretados restritivamente, não podendo o juiz decidir além daquilo que foi postulado pela parte autora. Para que se conclua que existe a identidade de objetos, os pedidos devem ser rigorosamente iguais.

José Frederico Marques³² considera que os pedidos, enquanto atos em que vem traduzida a vontade do autor, não são alargáveis para neles se incluir o que podia ser incluído e não foi. No seu entender, o art. 293 do CPC impede que o magistrado inclua no pedido aquilo que é motivo de dúvida. A interpretação tem de ser restritiva, pois do contrário estaria o juiz dilatando o próprio âmbito da lide a ser decidida, sem obedecer às balizas traçadas pelo autor ao deduzir sua pretensão.

Entretanto, o mesmo autor admite temperamentos na interpretação desse dispositivo, invocando para tanto Carvalho Santos, nos comentários deste ao art. 154 do Código de 1939, de idêntico teor ao do art. 293 do CPC atual. Essas exceções ocorreriam quando fosse possível ao juiz descobrir a verdadeira intenção do autor, quando este não fosse claro ao definir a sua pretensão. Sempre que isso ocorresse, o juiz deveria julgar a causa tendo em vista o pedido tal como lhe pareceu, traduzindo a vontade e intenção do autor devidamente interpretadas. Quando, porém, não resultasse clara a intenção do autor, seria vedada a interpretação "ampla".

Além dessa situação, seria possível a apreciação judicial de pedidos não formulados de forma expressa na peça vestibular nos seguintes casos: a) juros legais, compreendidos estes

³¹ Os três artigos destacados estabelecem as regras para interpretação dos pedidos no processo civil brasileiro. Assim sendo, o juiz deverá decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte; não deverá, ainda, proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, e a interpretação dos pedidos será restritiva, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.

³² José Frederico Marques, Instituições de Direito Processual Civil, p. 302.

como a correção monetária e os juros de mora, em decorrência de determinação contida na parte final do art. 293 do CPC. Para Pontes de Miranda³³, tal norma possui caráter dispositivo e deve ser observada independente do momento que configurada a mora, seja ela anterior à citação ou após a ocorrência desta; b) condenação em honorários de advogados e despesas processuais, pois decorrentes da previsão geral contida no art. 20 do CPC, segundo o qual a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios, mesmo que o advogado funcionar em causa própria; c) pagamento de prestações periódicas, em função da previsão contida no art. 290 do CPC, segundo o qual quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.

4.3 Causa de pedir na ação individual

A causa de pedir corresponde aos fundamentos fáticos e jurídicos da demanda. Amaral Santos³⁴ esclarece que o Código de Processo Civil exige em seu art. 282, III, que o autor exponha na inicial não apenas a causa de pedir próxima (os fundamentos jurídicos do pedido), como também a causa remota (o fato gerador do direito). No particular, o legislador brasileiro adotou a teoria da substanciação, por influência dos Códigos alemão e austríaco.

Na petição inicial, a parte autora esclarece que acontecimentos da vida considera dignos de relato para sua pretensão e de qual maneira se deu a violação ao seu patrimônio jurídico, com destaque para aspectos temporais, espaciais e circunstanciais. A descrição desses fatos é essencial para a pretensão do autor e a sua insuficiência implica a inépcia da petição inicial e o conseqüente arquivamento do feito. A preocupação com a correta descrição dos fatos é justificável, pois é por meio deles que se fixa o *thema decidendum*, vale dizer, que acontecimentos da vida serão objeto de apreciação judicial para a definição de quem sairá vencedor na demanda.

Definidos os fatos, passa-se aos fundamentos jurídicos do pedido. Aqui, a parte autora precisará especificar de qual maneira os acontecimentos anteriormente narrados podem produzir os efeitos jurídicos por ela desejados e que se encontram compreendidos no pedido.

³³ Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, p. 18.

³⁴ Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, vol. 1, p. 172.

Calmon de Passos³⁵ sufraga o entendimento de que um mesmo fato pode revestir-se de mais de uma qualificação jurídica, tornando-se um fato típico complexo (*fattispecie*). Se a consequência jurídica pretendida é diversa ou se para a mesma consequência é fato novo que se invoca, não há motivo para se falar em identidade de causa de pedir. Em situações tais, haverá conexão, e não litispendência.

Estes são os elementos da ação em um processo individual. Passemos, por conseguinte, à análise dos elementos da ação no processo civil coletivo.

³⁵ José Joaquim Calmon de Passos, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. III, p. 298.

5 ELEMENTOS DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL COLETIVO

5.1 Da necessidade de um novo viés interpretativo

Sabe-se que a forma escrita do processo civil e a linguagem jurídica formal podem fazer com que o intérprete ignore a complexidade dos fatos que lhe estão subjacentes, desconsiderando a contextualização do conflito³⁶. Assim sendo, os institutos processuais devem ser compreendidos de forma extensiva, de maneira a possibilitar que o acesso ao Judiciário implique a garantia de tudo o que seja necessário e exigível para que aquele que tem direito à tutela possa efetivamente obtê-la³⁷.

Esse novo prisma interpretativo é imprescindível para a exata compreensão das peculiaridades do processo coletivo. Reflete uma tendência existente em todos os campos do direito, a qual considera que os institutos processuais devem ser compreendidos de acordo com a ordem constitucional vigente e a partir dela, fixando-a como vetor para a interpretação dos dispositivos da legislação infraconstitucional.

Tal tendência se denomina de constitucionalização do processo civil e deve ser compreendida de acordo com o trilhar histórico em que o Estado e o próprio direito têm percorrido nas últimas décadas. Necessária, por conseguinte, uma abordagem desse panorama histórico.

Após a 2ª Guerra Mundial, vieram a público os horrores praticados pela Alemanha nazista. As violações a direitos humanos havidas em larga escala e com suposto fundamento na ordem jurídica vigente fizeram com que a Ciência do Direito aprofundasse a discussão a respeito do problema da Justiça na aplicação da norma. Entendeu-se naquele momento que o discurso de rígida separação entre o Direito e a Moral havia se revelado extremamente perigoso, na medida em que servira de justificativa para todo tipo de atrocidade praticada por estados totalitários.

Talvez o maior expoente dessa crítica da Ciência do Direito à concepção positivista tenha sido Gustav Radbruch. Professor da Universidade de Heidelberg, o jurista era originariamente adepto do Positivismo, pois entendia que essa corrente de pensamento garantia segurança jurídica à sociedade.

³⁶ Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*, à luz da atividade gerencial do juiz, p. 93.

³⁷ Elpídio Donizetti, *Curso de Processo Coletivo*, p. 179.

Ao perceber o quadro dantesco instalado na Alemanha ao final da 2ª Guerra Mundial, em que o Positivismo Jurídico foi levado às últimas consequências, Radbruch reviu seu posicionamento anterior, passando a defender o Antipositivismo (ou Pós-Positivismo).

Em um manifesto em forma de circular dirigida aos estudantes de Heidelberg³⁸, Radbruch atribuiu ao Positivismo a responsabilidade pela situação indefesa em que se encontravam o povo e os juristas alemães diante das arbitrariedades do governo nazista. Prosseguiu sua argumentação, criticando o utilitarismo, na medida em que este possibilitou que qualquer postura estatal fosse conforme ao direito, desde que supostamente praticada com o objetivo de atender ao interesse comum. Sustentou que o Direito deve ser compreendido como sinônimo de vontade e desejo de Justiça, entendida esta como o julgamento isonômico das pessoas, voltado para o bem comum e com vistas à consecução da segurança jurídica. Assim, seria necessária a reflexão a respeito de saber se uma lei má, nociva ou injusta deveria ser reconhecida válida em nome da segurança jurídica, ou se em virtude dessa nocividade, a lei deveria ter sua validade recusada (devendo ser esta última a opção do intérprete).

Por fim, Radbruch reconheceu a existência de princípios³⁹ fundamentais de direito mais robustos do que os preceitos jurídicos, de tal modo que toda a lei que os contrariasse não poderia deixar de ser privada de validade. Tais princípios foram chamados de direito natural ou direito racional, tendo sido reunidos nas declarações dos direitos do homem e do cidadão.

A novidade do pensamento de Radbruch a ser destacada é o reconhecimento do caráter de fonte primária do direito aos princípios, os quais passam a gozar de normatividade e proeminência com relação a normas jurídicas manifestamente injustas⁴⁰. Isto representa uma mudança de concepção radical em um contexto onde prevalecia o Positivismo formalista⁴¹. É

³⁸ Gustav Radbruch, Cinco minutos de filosofia do direito, 1945.

³⁹ É verdade que a noção de princípios não surgiu com o pensamento de Radbruch. A legislação brasileira vigente naquele período histórico (década de 40) já admitia a aplicação dos princípios, mas somente em caráter subsidiário. Faz-se referência, no particular, à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL nº 4.657, de 04 de setembro de 1942), que estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁴⁰ A preponderância das normas sobre os princípios é vista com reservas por Humberto Ávila, sobretudo nos casos em que existe conflito entre um princípio e uma regra com previsão constitucional. Segundo sua argumentação, os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano, na medida em que estas têm precisamente a função de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Assim, num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra. Ver a respeito a obra Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, de autoria do mesmo autor e publicada pela Editora Malheiros em 1ª edição no ano de 2001.

⁴¹ Claus Wilhelm Canaris destaca que “os positivismos jurídicos seja qual for sua feição, compartilham o postulado básico da recusa de quaisquer referências metafísicas. O universo das referências metafísicas – ou filosóficas – alarga-se com a intensidade do positivismo: são sucessivamente afastadas as considerações religiosas, filosóficas e políticas, num movimento que priva, depois, a Ciência do Direito a vários de seus planos. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as

exatamente essa relação diferenciada entre lei e princípio que marca indelevelmente o contexto antipositivista.

Paralelamente a essa mudança de paradigma teórico, deflagrou-se no mundo ocidental um movimento denominado de Constitucionalismo. Sua principal característica: a subordinação da legalidade às constituições rígidas, hierarquicamente superiores às leis, regulando não só a forma de produção das normas, mas também a sua coerência com os princípios constitucionais.

E o papel do Poder Judiciário no sistema constitucional também mudou. Luigi Ferrajoli observa que o papel da jurisdição constitucional passa a ser o de aplicar a lei constitucionalmente válida, cuja interpretação e aplicação são sempre um juízo sobre a lei mesma. Sempre que o juiz perceba ser inviável a interpretação da norma de acordo com a constituição, o juiz deverá declarar a sua invalidade⁴².

É importante registrar que a função do intérprete nesse contexto não será apenas a de legislador negativo. Em algumas situações, o julgador precisará atuar como verdadeiro legislador positivo, ao embasar uma determinação em fundamento exclusivamente constitucional.

O movimento do constitucionalismo se intensificou de tal maneira que atualmente se discute se ele não estaria compreendido em uma fase contemporânea. Assim sendo, passemos a analisar quais seriam as principais características desse constitucionalismo contemporâneo, também conhecido como neoconstitucionalismo.

Há intensa controvérsia doutrinária a respeito do que venha a ser o neoconstitucionalismo e se ele realmente existe.

Para Miguel Carbonell⁴³, esse movimento pretende explicar um conjunto de textos constitucionais surgidos após a Segunda Guerra Mundial, que não se limitam a estabelecer competências ou a separar poderes, mas que contêm altos níveis de normas materiais que condicionam a atuação do Estado. Diante da necessidade de aplicação destas normas, os juízes constitucionais passaram a realizar suas funções valendo-se de técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, tais como a ponderação, a razoabilidade e a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais.

fórmulas codificadas". Cf. a respeito na obra *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, p. 15, Ed. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002.

⁴² Luigi Ferrajoli. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, 2003, p. 13-29.

⁴³ Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo: elementos para uma definicion*, p. 198.

Luís Roberto Barroso enfatiza três grandes características do neoconstitucionalismo⁴⁴: a) o reconhecimento da força normativa da constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

No que diz respeito ao reconhecimento da força normativa da Constituição, o doutrinador sustenta que as constituições tiveram originariamente um status de documento essencialmente político, verdadeiro chamado à ação dos poderes constituídos. Após a 2ª Guerra Mundial, entretanto, a norma constitucional passou a ter status de norma jurídica, com o conseqüente atributo da imperatividade.

No particular da expansão da jurisdição constitucional, esse crescimento refletiu a influência do modelo americano de supremacia da Constituição, em detrimento da concepção inglesa de soberania do Parlamento, e também em detrimento da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. Por conseqüência, houve a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficaram imunes ao processo político majoritário, e que passaram a ser protegidos pelo Poder Judiciário.

Por fim, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional é marcado pela adoção de mecanismos próprios de interpretação, diversos daqueles considerados como próprios da subsunção⁴⁵ (hermenêutica gramatical, histórica, sistemática e teleológica). Estes últimos, ditos tradicionais, continuam sendo utilizados, mas se abre a possibilidade de adoção de uma outra metodologia, criada em função das especificidades das normas constitucionais, que reconsidera o papel da norma e do julgador no processo de interpretação e aplicação do direito. Segundo Luís Roberto Barroso⁴⁶, são ferramentas dessa nova interpretação: os conceitos jurídicos indeterminados (cláusulas gerais), os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

Os conceitos jurídicos indeterminados são termos de significado amplo, cujo exato sentido e alcance poderá ser definido pelo intérprete de acordo com as especificidades do caso concreto.

O reconhecimento de normatividade aos princípios representa uma das principais características do neoconstitucionalismo, conforme abordado alhures.

⁴⁴ Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, p. 67.

⁴⁵ Inocência Mártires Coelho argumenta que no campo de aplicação das regras, elas valem ou não valem, incidem ou não incidem, umas afastando ou anulando as outras, sempre que as respectivas conseqüências jurídicas forem antinômicas ou reciprocamente excludentes. Cf. em *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 45.

⁴⁶ Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 309.

A colisão de normas constitucionais representa um desafio para o intérprete. Com efeito, a adoção do método da subsunção para compreender o sentido e alcance de normas constitucionais conflitantes levará a resultados incompatíveis. Como não existe hierarquia entre normas constitucionais, o intérprete precisará definir no exame do caso concreto qual a norma constitucional que gozará de proeminência com relação a aquela outra que não foi utilizada, nem exercício lógico denominado de ponderação.

Por fim, a argumentação significa fornecer razões para a defesa de um determinado ponto de vista. Por meio do uso da linguagem, estipulam-se premissas que levarão à conclusão pretendida. O intuito deliberado é o de influenciar o grupo que o orador pretende influenciar com sua argumentação. Em última instância, a necessidade de argumentar representa o reconhecimento do fato de que a sociedade não aceita mais uma decisão somente porque tenha sido proferida pela autoridade competente, mas se, e somente se, ela possuir um conteúdo intrinsecamente justo⁴⁷.

Sendo o neoconstitucionalismo um movimento recente, diversas vezes na doutrina pátria contra ele se insurgiram.

Dimitri Dimoulis⁴⁸, por exemplo, questiona o momento histórico em que as constituições passaram a ter força normativa. Para esse autor, as constituições escritas que proliferaram no ocidente desde o início do século XIX sempre gozaram de superioridade com relação à legislação ordinária. Cada um desses documentos foi criado como decorrência e expressão de um projeto político que objetivava garantir o sistema capitalista liberal e instaurar a democracia representativa, razão pela qual não se pode afirmar que não possuíam pretensão de eficácia jurídica. Além disso, o sistema de *judicial review* americano e os de controle de constitucionalidade já previstos nas constituições da Grécia, Noruega e Suíça, ainda no século XIX, indicam que mesmo antes das Grandes Guerras já se reconhecia a importância jurídica desses documentos constitucionais.

Da mesma maneira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que a expansão da jurisdição constitucional não se deu exclusivamente na Europa após a II Guerra Mundial⁴⁹. Em verdade, Estados Unidos, Brasil, Portugal e Áustria contavam com constituições que já reconheciam esse tipo de controle.

⁴⁷Luis Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 341.

⁴⁸Dimitri Dimoulis, *Uma visão crítica do neoconstitucionalismo*, p. 45.

⁴⁹Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira*, p. 70.

O fortalecimento da nova interpretação constitucional deve ser encarado com parcimônia, segundo o ponto de vista de Daniel Sarmiento⁵⁰. O recurso exagerado a cláusulas abertas poderia dissimular uma espécie perigosa de decisionismo, comprometendo a estabilidade jurídica necessária a um estado democrático de direito. A relativização das regras jurídicas ampliaria as chances de arbítrio judicial, gerando insegurança jurídica e atropelando a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um de seus fundamentos. Assim, os princípios devem ser utilizados de forma comedida, sem descartar a importância das regras e da subsunção, com conseqüente prestígio à vontade do Parlamento ou da maioria.

O mesmo comedimento na aplicação dos princípios é defendido por Marcelo Neves⁵¹, quando afirma que os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, por estarem vinculados primariamente ao momento de abertura cognitiva do direito. Segundo ele, quando os princípios funcionam em um Estado constitucional rigorosamente consistente, eles desempenham um papel fundamental para adequar o direito à sociedade. Entretanto, em contextos sociais marcados por ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principialista pode ser fator e reflexo de abuso de princípios na prática jurídica. E essa situação se torna mais forte com a introdução de outro ingrediente: a ponderação desmedida. Os remédios para o excesso de consistência jurídica que decorreria do funcionamento do regime de regras tornam-se venenos (ou drogas alucinógenas) no contexto de uma prática juridicamente inconsistente, que atua ao sabor de pressões sociais as mais diversas.

Há uma robusta controvérsia doutrinária a respeito da existência do neoconstitucionalismo. E mesmo dentre aqueles que o admitem, há uma heterogeneidade no que diz respeito ao seu conteúdo. O que há em comum nas correntes que o admitem é o distanciamento do positivismo jurídico, com base na afirmação da influência da moral na interpretação do texto constitucional, dando particular importância aos princípios jurídicos aplicáveis mediante ponderação e reconhecendo a centralidade do Poder Judiciário em detrimento do legislador.⁵²

Não fosse o bastante esse problema de caráter jurídico, existe ainda um outro de natureza diversa no neoconstitucionalismo, consistente no esvaziamento do processo político majoritário.

⁵⁰ Daniel Sarmiento, *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*, p. 133.

⁵¹ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. 190.

⁵² Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional*. *Doxa*, v. 21-II, 1998, p. 339-353.

Carlos Ari Sundfeld destaca que a constitucionalização do direito no Brasil foi marcada pela perda de prestígio das leis, em favor de soluções concretas inventadas pelos interessados, com a invocação convencional de princípios constitucionais – muitas vezes “implícitos” – e de conteúdo, sentido e alcance totalmente indeterminados. É como se os juristas e tribunais, sentindo-se legitimados pela sobrevivência *post-mortem* de um sentimento constituinte, assumissem a função de Assembleias Constituintes fantasmas⁵³.

Há, ainda, outras vozes que se insurgem contra o neoconstitucionalismo, por entenderem que remover discussões do espaço do processo político majoritário para a esfera do direito constitucional – onde juízes decidirão a questão – empobrece o processo político e deslegitima a decisão tomada, na medida em que esta resulta de opções de corpos menores e menos representativos⁵⁴.

A crítica em questão é respeitável, mas em nada diminui a importância do constitucionalismo para o amadurecimento institucional da sociedade contemporânea. Diante desse quadro, e considerada a realidade brasileira, consideramos que o neoconstitucionalismo representa um avanço no que diz respeito à interpretação das normas jurídicas em um contexto histórico, na medida em que possibilita que o aplicador da lei possa refletir não apenas sobre a validade da norma, mas também sobre o seu conteúdo e os efeitos de sua aplicação, com vistas à tomada da decisão que se lhe pareça conforme a um ideal tão buscado por toda a humanidade – o da realização da Justiça.

Se o neoconstitucionalismo é marcado pela proeminência das normas constitucionais sobre as demais normas jurídicas existentes, é possível concluir que tal ascendência provoque a aplicação das normas constitucionais a todos os casos que originariamente seriam regidos por outros ramos do Direito.

A esse fenômeno de aplicação das normas constitucionais a diversos segmentos do ordenamento dá-se o nome de constitucionalização.

É comum nos depararmos no meio acadêmico com expressões como “constitucionalização do direito civil”, “constitucionalização do direito penal”, dentre outros exemplos. Nas situações em que for discutida a aplicação direta de normas constitucionais (regras e princípios) a questões próprias de direito adjetivo, estaremos tratando da constitucionalização do processo civil. Nesse contexto, cumpre fixar a distinção entre o direito processual constitucional e o direito constitucional processual. Para Nelson Nery Júnior, o direito constitucional processual significa o conjunto das normas de direito processual

⁵³ Carlos Ari Sundfeld. O fenômeno constitucional e suas três forças, p. 14. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (coords.), Vinte anos da Constituição Federal de 1988.

⁵⁴ Luigi Ferrajoli, Pasado y futuro del Estado de derecho, p. 22, in Neoconstitucionalismo.

contidas no texto da Constituição Federal. O direito processual constitucional, por sua vez, seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional⁵⁵. Fixada essa diferenciação, passemos à abordagem do fenômeno da constitucionalização do processo civil.

Sabe-se que as origens do processo civil estão ligadas a institutos de direito romano: as *legis actiones* e os processos formulários. Os ritos por eles consagrados influenciaram enormemente o desenvolvimento do processo civil, atribuindo-lhe uma característica importante, qual seja, o da necessidade de uma forma solene para a resolução dos litígios. Observe-se que a forma de qualquer ato jurídico deve ser vista como um mecanismo de previsibilidade e entendida como limitação ao arbítrio e ao capricho do sujeito que pratica aquele ato.

Entretanto, essa origem solene marcou indelevelmente o desenvolvimento do processo civil, na medida em que a observância a formalidades passou a ser sua marca registrada. Assim, por muitos séculos, compreende-se o processo civil como mero respeito às formas estabelecidas, num culto a solenidades ironicamente denominado de “forma pela forma”. Não raro, o cumprimento das liturgias processuais resulta em procedimentos inúteis, por considerar o processo como um fim em si mesmo.

Sucedem que a partir da segunda metade do século XX, a preocupação com os valores e princípios na aplicação do direito também pautou o pensamento dos maiores processualistas do continente europeu. Essa mudança de rumos em países de *civil law* teve sensível incremento na década de 70, sobretudo por influência de processualistas como Mauro Cappelletti e Vincenzo Vigoriti. Tais autores buscaram uma nova concepção para os parâmetros processuais então vigentes, consolidando um ideal de acesso efetivo a uma ordem jurídica justa, que viabilizasse o direito material em tempo razoável.

Mauro Cappelletti era catedrático da Universidade de Florença e produziu um artigo pioneiro a respeito da tutela coletiva intitulado *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o difusi*⁵⁶. Esse artigo foi publicado em 1976, pela Universidade de Pádua e é considerado um verdadeiro divisor de águas, na medida em que rompeu a tradicional dicotomia existente o interesse público e o privado. O autor destacou que em uma sociedade massificada havia uma série de interesses que diziam respeito a grupos, classes e categorias, e não apenas a indivíduos isolados⁵⁷. Tais interesses precisavam de uma tutela processual que

⁵⁵ Nelson Nery Junior. Princípios do processo na Constituição Federal, p. 41.

⁵⁶ Mauro Cappelletti, *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti Del convegno di Studio* (Pádua, 11-12 giugno 1974, Ed. CEDAM)

⁵⁷ Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 98.

fosse compatível com as suas peculiaridades, quais sejam, a legitimação adequada do defensor da categoria; as garantias processuais dos membros ausentes; os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada e a necessidade de provimentos adequados para a tutela dos interesses coletivos.

Em outra obra consagrada de sua autoria⁵⁸, Cappelletti reconhece o acesso à justiça como direito social básico nas sociedades modernas. O autor identifica a dificuldade da tutela dos interesses difusos em juízo, em razão de sua natureza, na medida em que ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. Além disso, a circunstância de os titulares de direitos difusos estarem dispersos na sociedade, muitas vezes sem capacidade de organização e articulação, dificulta a tutela desse tipo de direito, que não raro acaba ficando sem proteção efetiva. Assim sendo, resulta a necessidade de adaptação dos ritos civis às peculiaridades dos direitos materiais discutidos em juízo, para garantir a sua efetividade. Como medidas ilustrativas dessa adaptação, o autor indica as reformas legislativas que permitem que indivíduos ou grupos atuem em representação de interesses difusos; a nova concepção a respeito de representantes adequados dos interesses difusos em juízo, e uma nova concepção do que deva ser entendido como coisa julgada. Com tais mudanças, o devido processo legal passa de um viés individual para um outro, de caráter social ou coletivo, sendo que o autor era entusiasta da atribuição de legitimidade ao indivíduo para a tutela dos direitos transindividuais.

Vicenzo Vigoriti também era professor da Universidade de Florença e contribuiu para a discussão a respeito da temática dos direitos metaindividuais com sua obra *Interesse Colletivi e processo: la legittimazione ad agire*⁵⁹. O doutrinador italiano buscou caracterizar o interesse coletivo, que seria identificado pela consciência da dimensão coletiva e pela organização para a persecução do objetivo comum. As vontades individuais estariam concatenadas, e suas iniciativas estariam harmonicamente dirigidas ao mesmo escopo, qual seja, o bem da coletividade. Encontramos nesse autor, ainda, a diferenciação entre o conceito do que seria um interesse coletivo e um outro de natureza difusa⁶⁰. Para o autor, não haveria coordenação entre os titulares de direitos difusos, mas tão somente entre os titulares de direitos coletivos.

Algum tempo depois, as ondas reformadoras irradiadas pelos processualistas italianos influenciaram o legislador constituinte brasileiro, que consagrou na Carta Magna princípios informadores de todo o ordenamento jurídico processual, voltados para a efetividade da tutela

⁵⁸Mauro Cappelletti, *Acesso à justiça*, p. 27.

⁵⁹ Vicenzo Vigoriti, *Interessi colletivi e processo: la legittimazione ad agire*, p. 60.

⁶⁰Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 105.

coletiva e para o melhor atendimento ao interesse de toda a sociedade, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a proibição de prova ilícita, o duplo grau de jurisdição, a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais e a duração razoável do processo, dentre outros.

Cada um desses princípios possui significado próprio e normatividade jurídica. Assim sendo, a resolução de uma questão processual poderá ocorrer com fundamento em regra ou princípio de natureza constitucional, a despeito de haver norma processual em nível infraconstitucional que regule a matéria de forma divergente, estando em oposição ao mandamento constitucional⁶¹.

Essa é, por conseguinte, a maior característica da constitucionalização do processo civil: a proeminência das regras e princípios constitucionais sobre as normas processuais contidas no Código de Processo Civil e legislação infraconstitucional.

Fixada essa premissa fundamental para a interpretação dos elementos do processo coletivo, passemos a identificar os elementos da ação civil pública.

5.2 Partes em ação civil pública

5.2.1 Autor de ação civil pública no direito comparado

Kazuo Watanabe⁶² identifica diferentes espécies de opção legislativa para legitimação em ação civil pública, conforme o ordenamento jurídico analisado seja de um país de *civil law* ou de *common law*: a) a legitimação privada, que procura legitimar exclusivamente a pessoa física e/ou associações; b) a legitimação pública, que admite a legitimação apenas de entes públicos; c) a legitimação mista, que admite a legitimação tanto das pessoas físicas e/ou associações como também dos entes públicos. As duas primeiras opções são extremamente raras, havendo uma tendência legislativa à adoção da legitimação mista. No âmbito do direito comparado, atribuem legitimação exclusivamente à pessoa física e/ou a entes privados Alemanha, França, Itália, Japão e Suíça. Os demais países adotam a legitimação mista, com destaque para Brasil, Israel e Portugal, que atribuem poderes a órgãos públicos para

⁶¹ Canaris entende que a oposição de princípios deve ser encarada com naturalidade, na medida em que ela é da própria essência do sistema jurídico. Tal oposição entre princípios e valores deve ser ajustada através de uma solução intermediária pela qual a sua oponibilidade interna se resolva num compromisso, no duplo sentido da palavra. Cf. a obra *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, p. 206, Ed. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002.

⁶² Kazuo Watanabe, *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law – uma análise de direito comparado*, p. 303.

fiscalizarem o processo – quando não forem parte – e, às vezes, para assumirem a titularidade da ação em hipóteses de desistência infundada, de abandono da demanda, ou até mesmo para promoverem a execução da sentença.

Mauro Cappelletti⁶³ critica a legitimação exclusiva de entes públicos para a tutela coletiva, por entender que esta pode ficar prejudicada, na medida em que os agentes públicos são sujeitos à pressão política. Isso pode ser uma grande fraqueza, se consideramos que os interesses coletivos frequentemente precisam ser afirmados contra entes governamentais ou mesmo contra componentes poderosos do *establishment*. A solução seria a opção legislativa pela legitimação de órgãos públicos e entes privados, além da legitimação do próprio indivíduo para a tutela coletiva.

Linda Mullenix⁶⁴ aborda a legitimação para a propositura de demandas coletivas no âmbito das jurisdições de *civil law* e *common law*, enfatizando que o desenvolvimento das ações coletivas ocorreu de forma diferenciada em cada um destes “mundos”, o que justifica a existência de institutos e conceitos próprios do *civil law* que não têm correspondente no âmbito do *common law* e vice-versa. Registra que os institutos de tutela coletiva no âmbito do *common law* resultam de criação jurisprudencial em disputas relativas ao trabalho, ao meio-ambiente e ao consumidor. As peculiaridades desse tipo de litígio, tais como regras severas e resultados rígidos, acabavam inibindo a capacidade de tutelar esses direitos por meio de ações individuais, o que findou por provocar a formação de um tratamento jurisprudencial e a criação de um novo rito processual diferenciado e compatível com a natureza desses novos direitos com nítido caráter social, exatamente para assegurar a sua efetividade. Apesar desta consolidação jurisprudencial, a Professora da Universidade do Texas informa que os países de *common law* também possuem regras de direito positivo para disciplinar as ações coletivas e quem possui legitimidade para sua propositura, conforme se verá a seguir.

Nos Estados Unidos, a legislação de regência das *class actions* é a *Federal Rule of Civil Procedure 23*⁶⁵. Segundo essa norma, os proponentes de uma ação de classe precisam obter judicialmente a certificação da classe que pretendem representar para que o processo tenha

⁶³ Mauro Cappelletti, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁴ Linda Mullenix, Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law* – uma análise de direito comparado, p. 252.

⁶⁵ Ressoa a norma em destaque que um ou mais membros de uma classe podem demandar ou ser demandados em juízo somente se a classe for tão numerosa que o ingresso de todos os membros seja impraticável; que haja questões de fato ou de direito comuns entre a classe; que os argumentos e defesas utilizados sejam típicos de toda a classe, e que os interesses da classe sejam protegidos de forma adequada pelos seus representantes. Além desses requisitos, o juiz deverá fazer um juízo de conveniência e oportunidade, aferindo se o processamento das demandas individuais poderia incitar o ajuizamento de ações inconsistentes que resultariam em determinações judiciais incompatíveis entre si, ou mesmo atingir interesses de pessoas estranhas à classe. Disponível em <http://www.classactionlitigation.com/rule23.html>, com acesso em 13 de novembro de 2013.

curso. Para tanto, existem quatro pré-requisitos: *numerosity*, *commonality*, *typicality* e *adequacy of representation*.

O primeiro requisito diz respeito à necessidade de um número excessivo de interessados, que inviabilize a formação de um litisconsórcio. O segundo requisito é a existência de questões comuns de fato e de direito entre os integrantes do grupo. O terceiro requisito é o da tipicidade, que significa que o representante do grupo deve ter sofrido diretamente a lesão ao direito discutida em juízo, o que o legitimaria a defender tanto o interesse próprio como o das demais pessoas cujos direitos foram violados. Por fim, há o requisito da representatividade adequada, no sentido de que a pessoa que representa as outras em juízo precisa demonstrar que possui efetiva capacidade de fazê-lo⁶⁶, tendo condições de desenvolver uma defesa eficiente e tenaz dos interesses envolvidos, seja no âmbito social, administrativo ou judicial⁶⁷, afastando o risco de produzir prejuízo aos ausentes.

Uma vez obtida a certificação, poderá haver três possibilidades. Nas duas primeiras, a *class action* versará sobre direitos difusos e será considerada obrigatória para os membros da classe (*mandatory class action*), sem possibilidade de *opt out*. Na terceira, a *class action* versará sobre a reparação coletiva de danos provocados a indivíduos, havendo a possibilidade de exclusão (*not-mandatory class action*). Essa demanda é denominada de *class action for damages* e equivale no direito brasileiro à ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos. Justifica-se o processamento coletivo porque a violação em termos individuais é tão ínfima do ponto de vista patrimonial que inibe a sua defesa em juízo pelo titular do direito violado, proporcionando ao agente violador uma vantagem financeira substancial com o comportamento ilícito.

O Reino Unido, não obstante adote um sistema jurídico de *common law* muito bem consolidado pela tradição, possui interessantes regras a respeito de ações de grupo (*group actions*). As *Group Litigation Orders* são disciplinadas pela *Civil Procedure Rule 19*⁶⁸. Tais normas regulam o processamento de demandas relativas a violações de direitos metaindividuais, tais como incômodos decorrentes de um aterro sanitário público; do risco do emprego do amianto no meio-ambiente, ou mesmo de retenção ilegal de órgãos humanos. As

⁶⁶ Antônio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 46.

⁶⁷ Flávia Hellmeister Clito Fornaciari, *Representatividade adequada nos processos coletivos*, p. 50.

⁶⁸ Essa norma define o conceito de litigância de grupo, uma espécie de litígio que versa sobre questões comuns de fato ou de direito que digam respeito a um universo de interessados expressivo. São estabelecidas diretrizes para o registro do grupo, critérios para a definição do juízo competente para a sua apreciação, bem como regras que assegurem a maior publicidade ao procedimento. Disponível em <http://www.justice.gov.uk/courts/rcj-rolls-building/queens-bench/group-litigation-orders>, com acesso em 30 de dezembro de 2013.

Representative Actions, previstas na Civil Procedure Rule 19.6⁶⁹, tratam de demandas em que um ou mais dos membros têm o mesmo interesse, podendo ingressar em juízo ou assumir o polo ativo da ação de grupo em nome dos demais. Nesses casos, um ou alguns dos membros do grupo serão os representantes de toda a classe. Por fim, há ainda previsões contidas em legislação específica, v.g. problemas antitruste e proteção ao consumidor.

Em Portugal, a tutela de direitos coletivos foi prevista no art. 52, n. 3, da Constituição da República Portuguesa de 1976⁷⁰. Em nível infraconstitucional, a regulação se deu por meio da Lei 83⁷¹ (Lei da Acção Popular), de 31 de agosto de 1995 e pela Lei 41, de 26 de junho de 2013⁷² (Código de Processo Civil português).

Na Espanha, a tutela de direitos metaindividuais ocorria de forma setorizada, exclusivamente para a defesa de interesses de consumidores e usuários, com fundamento na (hoje revogada) Ley 26, de 19 de julho de 1.984 (Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios). Atualmente, a disciplina da matéria está contida na Ley de Enjuiciamiento Civil 2000⁷³. O artigo 11 desse diploma legal atribui às associações de consumidores e usuários a

⁶⁹ A norma referida dispõe que quando mais de uma pessoa tiverem o mesmo interesse em uma demanda, esta poderá ser processada, ou a corte poderá ordenar que a demanda seja processada de maneira que o seu resultado atinja outras pessoas da classe que não participaram da demanda. Disponível em <http://www.justice.gov.uk/courts/rcj-rolls-building/queens-bench/group-litigation-orders>, com acesso em 30 de dezembro de 2013.

⁷⁰ Dispõe a regra constitucional que é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente para: a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do patrimônio cultural; b) assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais. Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/>, com acesso em 15 de janeiro de 2014.

⁷¹ Prescreve o artigo 2.º da Lei de Ação Popular que a titularidade dos direitos de participação procedimental e do direito de acção popular pertence a quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e às associações e às fundações defensoras dos interesses comuns. Da mesma maneira, as autarquias locais, com relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição. Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/>, com acesso em 16 de janeiro de 2014.

⁷² O art. 31 do CPC português confere legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do patrimônio cultural e do domínio público, bem como à proteção do consumo de bens e serviços a qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, às associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei. Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/>, com acesso em 16 de janeiro de 2014.

⁷³ Dispõe a Lei de Enjuiciamiento Civil espanhola, em seu artigo 11, que a legitimação para a defesa de direitos e interesses de consumidores e usuários, sem prejuízo da legitimação dos indivíduos, pertence às associações de consumidores e usuários legalmente constituídas. Estas poderão defender em juízo os direitos e interesses dos associados e os da própria associação, assim como os interesses gerais de todos os consumidores e usuários. Quando os prejudicados por um fato danoso sejam um grupo de consumidores ou usuários cujos componentes estejam perfeitamente determinados ou sejam facilmente determináveis, a legitimação para a defesa desses interesses coletivos pertencerá às associações de consumidores e usuários, às entidades legalmente constituídas que tenham por objeto a defesa e proteção destes, assim como a dos próprios grupos afetados. Quanto os prejudicados por um fato danoso sejam uma pluralidade de consumidores ou usuários indeterminada ou de difícil determinação, a legitimação para demandar em juízo a defesa desses interesses difusos corresponderá exclusivamente às associações de consumidores e usuários que, conforme a lei, sejam representativas. Da mesma maneira, o Ministério Fiscal e outras entidades estarão legitimadas para o exercício da ação de cessação para a

legitimidade para a defesa dos interesses dos seus associados. Em caso de violação a direitos difusos de consumidores, terão legitimação apenas os sindicatos e as associações mais representativas, na forma da lei. O Ministério Fiscal e as entidades habilitadas conforme a normativa comunitária europeia poderão manejar a ação judicial de cessação, na defesa de interesses difusos e coletivos de consumo. Com o advento da LO 3/2007, foi introduzido o art. 11-bis⁷⁴, que atribuiu aos sindicatos e associações a legitimação para defesa em juízo do direito à igualdade de tratamento entre homens e mulheres. No caso de a violação aos direitos afetar uma universalidade de pessoas indeterminadas ou de difícil determinação, a legitimação será restrita aos órgãos públicos que atuem nessa área, aos sindicatos mais representativos e às associações cujos estatutos prevejam a defesa da igualdade entre os sexos.

Em França, o art. 421-1 do Código de Consumo⁷⁵ estipula que as associações regularmente constituídas que possuem como objeto estatutário a defesa dos interesses dos consumidores podem, se estiverem vinculadas a este fim, exercer os direitos reconhecidos à parte civil relativamente aos fatos que causem prejuízo direto ou indireto ao interesse dos consumidores. Para que possam atuar na defesa desses interesses, é necessário que sejam submetidas a um procedimento de aprovação administrativa. Superada essa fase, a associação poderá atuar na defesa de interesses coletivos junto a jurisdições penais e civis. Excepcionalmente, admite-se que o particular possa agir em juízo na defesa de um interesse coletivo. É o caso do art. L. 622-20 do Código de Comércio⁷⁶, relativo aos procedimentos de insolvência (também conhecidos como procedimentos coletivos de salvaguarda, reparação e liquidação judicial de empresas), que assegura ao mandatário judiciário o poder de agir em nome e no interesse coletivo dos credores.

Na Itália, a defesa dos interesses transindividuais se dava com fundamento em diferentes normativos. No âmbito trabalhista, por meio do art. 28 da Lei nº 300, da 20/05/1970 (que

defesa dos interesses coletivos e difusos dos consumidores e usuários. Disponível em <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/default.htm>, com acesso em 14 de maio de 2013.

⁷⁴ Segundo este dispositivo legal, para a defesa do direito de igualdade de tratamento entre mulheres e homens, além da legitimação individual, estarão também legitimados os sindicatos e as associações legalmente constituídas cujo fim primordial seja a defesa da igualdade de tratamento entre mulheres e homens, filiados e associados, respectivamente. Quando os afetados sejam uma pluralidade de pessoas indeterminada ou de difícil determinação, a legitimação para demandar em juízo a defesa desses interesses difusos, corresponderá exclusivamente aos organismos públicos com competência na matéria, aos sindicatos mais representativos e às associações de âmbito estatal cujo fim primordial seja a igualdade entre mulheres e homens, sem prejuízo da legitimação individual dos interessados. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-6115>, com acesso em 30 de janeiro de 2013.

⁷⁵ Destacamos do texto legal: *Lés associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs*. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/>, com acesso em 13 de maio de 2013.

⁷⁶ A regra é no sentido de que o mandatário judicial designado pelo tribunal poderá agir em nome e no interesse coletivo dos representados. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/>, com acesso em 15 de maio de 2013.

regulamenta a tutela da liberdade e dignidade do trabalho, da liberdade sindical e da atividade sindical; no campo ambiental, por meio do art. 18 da Lei nº 349, de 08/07/1986 (que regulamenta o dano ambiental). Em decorrência da Diretiva 93/13, do Conselho de Comunidades Europeias⁷⁷, foram introduzidas no Código Civil Italiano novas normas a partir do art. 1469, que atribuíram às associações de consumidores, de profissionais e às Câmaras de Comércio, de Indústria, de Artesanato e de Agricultura, a legitimação para a tutela coletiva inibitória, a fim de sustar condições contratuais abusivas. Na sequência, foi publicada a Lei 281, de julho de 1998, tratando da tutela individual e coletiva de interesses dos consumidores de produtos e serviços. A partir de então, somente deterá legitimação para a tutela coletiva a associação considerada como de âmbito nacional pelo Ministério da Indústria. Para tanto, precisará estar constituída há pelo menos três anos; ter um registro de inscritos em número proporcional ao número de habitantes; possuir um balanço anual; desenvolver atividade continuada/ não terem os seus representantes se submetido a nenhuma condenação passada em julgado.

Na Argentina, existe a previsão constitucional da ação de amparo⁷⁸, destinada a proteger os direitos relativos ao meio ambiente, ao usuário e ao consumidor, bem como os direitos de incidência coletiva em geral. A legitimação para o manejo do amparo foi atribuída ao particular prejudicado, ao defensor público e às associações que se proponham a estes fins, conforme a legislação de regência, que determinará os requisitos e forma de sua organização. Nas demandas relativas ao consumo, a Ley Nacional 24.240, de 13 de outubro de 1993.

Na Colômbia, a tutela de direitos metaindividuais está regulada pelo art. 88 da Constituição Política⁷⁹. A constituição colombiana estabelece em seu art. 88 que a lei regulará

⁷⁷ O art. 7º desse diploma legal estabelece que os Estados-membros criarão mecanismos processuais que inibam cláusulas abusivas de contratos celebrados com os consumidores por um profissional. Tais meios deverão abranger disposições que habilitem as pessoas ou organizações que têm um interesse legítimo na defesa do consumidor a recorrer aos tribunais ou órgãos administrativos competentes para decidir se determinadas cláusulas contratuais possuem caráter abusivo e para aplicar os meios adequados e eficazes para pôr termo a utilização dessas cláusulas. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/>, com acesso em 15 de maio de 2013.

⁷⁸ O artigo 43 da Lei Nacional Argentina estabelece que toda pessoa pode interpor ação rápida de amparo, sempre que não exista outro meio judicial mais idôneo, contra todo ato ou omissão de autoridades públicas ou de particulares, que de forma atual ou iminente, lesem, restrinjam, alterem ou ameacem, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, direitos e garantias reconhecidos pela Lei Nacional, por um tratado ou por lei. Nesse caso, o juiz poderá declarar a inconstitucionalidade da norma em que se funde o ato ou omissão lesiva. Podem interpor esta ação contra qualquer forma de discriminação e no que disser respeito ao ambiente, à competência, ao usuário e ao consumidor, assim como aos direitos de incidência coletiva ou geral, o próprio lesado, o defensor do povo e as associações que se proponham a estes fins, registradas conforme a lei, que determinará os requisitos e formas de sua organização. Disponível em <http://infoleg.mecon.gov.ar/>, com acesso em 15 de janeiro de 2014.

⁷⁹ O artigo 88 da Constituição Colombiana estabelece que a lei regulará as ações populares para a proteção dos direitos e interesses coletivos, relacionados ao patrimônio, ao espaço, à seguridade e saúde públicas, à moral administrativa, ao ambiente, à livre concorrência econômica e outros interesses de similar natureza. A lei também deverá regular as ações originadas dos danos ocasionados a um número plural de pessoas, sem prejuízo das correspondentes ações particulares. Assim mesmo, a lei definirá os casos de responsabilidade civil objetiva

as ações populares para proteção de direitos e interesses coletivos, relacionados com o patrimônio, com a seguridade e saúde públicas, com a moral administrativa, com o meio-ambiente, com a livre concorrência econômica e outros direitos de natureza similar. A lei a que fez remissão o dispositivo constitucional é a Ley 472 de 1998, que em seu art. 12⁸⁰, atribui legitimação ativa à pessoa física ou jurídica; a organizações não-governamentais, populares, cívicas ou de índole similar; a entidades públicas que cumpram funções de controle, intervenção e vigilância; ao Procurador Geral da Nação, ao Defensor Público e aos Procuradores Distritais e Municipais, no relacionado a sua competência; aos alcaides e demais servidores públicos que em razão de suas funções devam promover a proteção e defesa desses direitos e interesses.

Cada país adotou uma forma diferenciada de legitimação para propositura de ações que visem a tutela de direito metaindividuais. O modelo adotado reflete uma opção política do legislador de cada país. Cumpre, por conseguinte, conhecer a opção adotada pelo legislador brasileiro.

5.2.2 Autor de ação civil pública no direito brasileiro

O Brasil adotou um sistema *ope legis* de aferição de legitimidade para a propositura de ação civil pública, por meio do qual o legislador define quais os legitimados para a sua propositura. Cada um dos legitimados tem a sua representatividade adequada presumida, ao contrário do que ocorre no sistema *ope judicis*, em que incumbe ao juiz analisar se essa representatividade foi atendida no caso concreto.

O art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985⁸¹, e o art. 82 do CDC⁸² definem quem são os sujeitos processuais que detêm legitimidade para a propositura de ação civil pública no

pelo dano aos direitos e interesses coletivos. Disponível em <http://juriscol.banrep.gov.co> e com acesso em 15 de janeiro de 2014.

⁸⁰ O artigo 12 da Lei 472 de 1988 atribui legitimação ativa para as ações populares a toda pessoa física ou jurídica; às organizações não-governamentais, às organizações populares, cívicas ou de índole similar; às entidades públicas cumpram funções de controle, intervenção ou vigilância, sempre que a ameaça ou violação aos direitos e interesses coletivos não tenha se originado de sua ação ou omissão; às entidades públicas que cumpram funções de controle, intervenção ou vigilância, sempre que a ameaça ou vulneração aos direitos e interesses coletivos não tenha decorrido de sua ação ou omissão; ao Procurador-Geral da Nação, ao Defensor do Povo e aos Procuradores Distritais e municipais, no que for relacionado à sua competência; aos Prefeitos e demais servidores públicos que em razão de sua função devam promover a proteção e defesa destes direitos e interesses. Disponível em <http://juriscol.banrep.gov.co>, com acesso em 15 de janeiro de 2014.

⁸¹ Ressoa o referido art. 5º que têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao

Brasil. Essa legitimação é autônoma e disjuntiva, no sentido de que quaisquer dos entes ali elencados podem propor a ação civil pública, mesmo que sem a anuência ou a ciência dos demais legitimados.

A conclusão a que se chega ao analisar os dispositivos legais destacados é a de que houve, no Brasil, uma opção legislativa por atribuir a órgãos públicos e a entes privados a legitimação para a propositura de ação civil pública. No entender de Ada Pellegrini Grinover⁸³, essa legitimação mista responde ao anseio do mais amplo acesso à Justiça e ao princípio da universalidade da jurisdição: um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla de causas que acedem à Justiça.

Questão de intensa discussão no meio acadêmico diz respeito a saber se os legitimados para a propositura de ação civil pública atuam em nome próprio, como substitutos processuais, ou se atuam como representantes dos titulares dos direitos metaindividuais discutidos em juízo, em nome alheio e na defesa dos interesses destes. Essa discussão envolve noções a respeito de legitimação processual ordinária e extraordinária.

Sabe-se que a regra processual válida em nosso ordenamento quanto à legitimidade da parte para figurar em juízo é a de que a pessoa física ou jurídica propõe a demanda com vistas à defesa do próprio interesse. Essa regra está contida no artigo 6º do CPC⁸⁴ e compreende o conceito do que se entende por legitimação ordinária, segundo a qual a própria pessoa que se diz lesada defende seu interesse. Aquele que invoca a condição de titular do direito material supostamente lesado é que cabe pedir a sua proteção em juízo⁸⁵.

Entretanto, o art. 6º, *in fine*, do CPC, prevê exceção a essa regra, quando admite a possibilidade de um sujeito processual vir a juízo na defesa de interesse de terceiro, nas hipóteses legalmente estabelecidas, configurando a legitimação extraordinária. Nesse caso, o Estado não leva em conta a titularidade do direito material para atribuir a titularidade da sua

patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em www.planalto.gov.br, com acesso em 10 maio de 2012.

⁸² Dispõe o art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - *as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código*; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Disponível em www.planalto.gov.br, com acesso 10 maio de 2012.

⁸³ Ada Pellegrini Grinover, Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law – uma análise de direito comparado, p. 237.

⁸⁴ Esse dispositivo processual reproduz diretriz contida no art. 81 do Código de Processo Civil italiano: Afora os casos previstos expressamente na lei, ninguém pode pleitear em seu nome interesse alheio.

⁸⁵ Hugo Nigro Mazzilli, A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 63.

defesa em juízo. A legitimação extraordinária depende de expressa previsão legal para se configurar e pode ocorrer de duas maneiras.

Na primeira hipótese de legitimação extraordinária, denominada de substituição, um sujeito processual vem a juízo em nome próprio para a defesa de interesse alheio.

Pontes de Miranda conceitua a substituição como o fenômeno em que se atribui a alguém, que não é o sujeito da relação jurídica deduzida em juízo, o ser parte⁸⁶. Amaral Santos, por sua vez, identifica a figura da substituição processual quando alguém está legitimado para litigar em Juízo em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio⁸⁷.

O substituto processual possui absoluta independência para atuar, sem necessitar da iniciativa, da vontade ou da intervenção do legitimado ordinário, podendo agir até contra a vontade expressa deste, num exemplo de legitimação extraordinária autônoma⁸⁸. No entanto, sua atuação deverá ser autorizada por lei, que é o elemento objetivo que indicará quando e em quais circunstâncias haverá a fermentação de um interesse conexo da parte processual que está em juízo com o da parte que tem o seu direito material protegido por ação de outrem⁸⁹.

A segunda hipótese de legitimação extraordinária ocorre quando, numa relação jurídica que envolva vários sujeitos, a lei permite que um deles venha a juízo defender o direito de todos, como ocorre no caso do alienante da coisa litigiosa se não aceita a sucessão processual, ou mesmo quando o condômino reivindica o domínio face a terceiros. Esta hipótese não possui maior relevância no âmbito do processo coletivo.

Há, ainda, a figura da representação, caracterizada quando um sujeito processual vem a juízo em nome de terceiro para a defesa do interesse deste, como ocorre com o procurador e o mandatário. O instituto da representação será melhor analisado quando da abordagem da legitimação ativa das associações.

No âmbito da ação civil pública, a discussão sobre a legitimação extraordinária ganha contornos mais nítidos, uma vez que os legitimados para a sua propositura efetivamente substituem o universo de titulares de direitos metaindividuais. Essa substituição é de todo conveniente, pois otimiza a relação processual, diminuindo os custos da demanda e racionalizando as diversas etapas processuais, inclusive as que digam respeito à produção de prova, evitando a produção de decisões judiciais díspares e facilitando o acesso à Justiça.

⁸⁶Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, p. 241.

⁸⁷Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual, vol. 1, p. 390.

⁸⁸Sobre o tema, conferir a classificação elaborada por José Carlos Barbosa Moreira, em estudo intitulado Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, publicado na RT 404/9-18, junho de 1969.

⁸⁹José Augusto Delgado, Reflexões sobre a substituição processual, p. 25.

Além disso, a adoção desse instituto se mostra eficaz para superar esquemas arcaicos de ciência processual, cujo cunho individualista impede a efetiva entrega da prestação jurisdicional, quando solicitada pelo Estado, especialmente nos casos dos direitos difusos e coletivos, conforme preleciona José Augusto Delgado⁹⁰. Esse também é o pensamento de José Carlos Barbosa Moreira, para quem os instrumentos processuais usualmente manejados no país refletem uma herança individualista, insuficiente para abranger as novas demandas sociais, em especial as relativas aos interesses coletivos, sejam eles relacionados ao meio-ambiente, à flora e à fauna ou mesmo ao desenvolvimento urbanístico⁹¹, sendo um verdadeiro avanço a intensificação do manejo dos instrumentos de tutela coletiva.

É necessário registrar, entretanto, que há na doutrina⁹² uma corrente que sustenta que os legitimados para a propositura de ação civil pública, ao defenderem interesses difusos e coletivos, fazem-no não como substitutos processuais, mas como verdadeiros legitimados autônomos para a defesa de seus fins institucionais, ao contrário do que ocorre quando estes entes defendem direitos individuais homogêneos (aqui ocorreria a substituição). Essa posição razoável não é acolhida majoritariamente pela doutrina e pela jurisprudência.

Justifica-se a análise individualizada de cada um dos entes públicos e privados que detêm legitimação para a propositura de ação civil pública no Brasil.

5.2.2.1 Ministério Público

O Ministério Público é uma das instituições legitimadas à propositura de ação civil pública. A proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos está entre as suas atribuições institucionais, na forma do art. 129, III, da CF/88.

No plano infraconstitucional, a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações civis públicas está prevista no artigo 5º, I, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP) e no art. 82, I, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC).

Embora a LACP apenas tenha estabelecido a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos difusos e coletivos, o CDC estendeu essa legitimidade aos direitos individuais homogêneos, o que ensejou controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Hoje prevalece o entendimento no sentido de que o Ministério Público pode propor ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, desde que estes se revistam de

⁹⁰José Augusto Delgado, Reflexões sobre a substituição processual, p. 26.

⁹¹José Carlos Barbosa Moreira, A proteção jurídica dos interesses coletivos, p. 173.

⁹²Nelson e Rosa Nery, Código de Processo Civil Comentado, notas ao art. 6º do CPC.

uma conotação social relevante. São exemplos dessa conotação social relevante: a defesa de interesse de segurados de benefícios previdenciários (STJ, REsp 1.142.630, julgado em 7/12/2010); a defesa de consumidores contra práticas abusivas praticadas por estabelecimentos bancários (STJ, REsp 794.752, julgado em 18/2/2010); a defesa de direito titularizado por único indivíduo, quando pleiteado o fornecimento de medicamento ou procedimento hospitalar contra o Estado (STJ, RESP 830.904, julgado em 12/12/2008); a arguição de ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares (Enunciado 643 da Súmula do Supremo Tribunal Federal).

Cumprir registrar que a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações civis públicas foi restringida em função do Parágrafo Único do art. 1º da LACP, que exclui da causa de pedir em ação civil pública as pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados. Todavia, essa limitação à atuação do Ministério Público (e dos demais colegitimados) em causas que versem sobre matéria tributária foi parcialmente superada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do RE 576.155, publicado em 31/01/2011. Na oportunidade, discutia-se a legitimidade do Ministério Público do Distrito Federal para impugnar um Termo de Acordo de Regime Especial – TARE. Considerou-se que a celebração de avença entre o Governo do Distrito Federal e um contribuinte poderia justificar a atuação do Ministério Público, se ficasse demonstrado no caso concreto que o acordo teria sido excessivamente lesivo ao patrimônio público.

5.2.2.2 Legitimação da Defensoria Pública

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, entendidos estes como as pessoas que comprovem insuficiência de recursos, nos termos dos arts. 129 e 5º, LXXIV, da CFRB.

A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas foi prevista inicialmente na Lei nº 11.148/2007, que atribuiu nova redação ao inciso II do art. 5º da LACP. Com o advento da Lei Complementar nº 132/2009, que alterou a Lei Complementar nº 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública da União), essa legitimidade foi ratificada, no sentido de assegurar à Defensoria Pública o manejo de ação civil pública e de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos e

individuais homogêneos, quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes. Essa legitimidade é conferida com o intuito de promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

O Projeto de Lei do Senado nº 282/2012, que sugere alterações ao texto do Código de Defesa do Consumidor, inclui o inciso V ao artigo 82 do CDC, para atribuir legitimação concorrente à Defensoria Pública para propositura de ação coletiva no âmbito da legislação consumerista. Busca-se com o projeto apenas adequar a legislação de consumo ao panorama normativo supramencionado, que já outorga a aquela instituição a legitimidade para a propositura de ações civis públicas, inclusive nas causas que versem sobre relações de consumo.

No âmbito doutrinário, existe divergência a respeito da necessidade de configuração do interesse de hipossuficientes para legitimar a propositura de ação civil pública pela Defensoria Pública. Uma primeira corrente defende a necessidade desse requisito de pertinência temática, de maneira que a legitimidade da Defensoria Pública deva ser restrita às ações civis públicas dirigidas à defesa de pessoas reconhecidamente carentes de recursos financeiros⁹³. A segunda corrente, por sua vez, argumenta que essa restrição à legitimidade da Defensoria é descabida, devendo a instituição atuar na defesa de interesses e direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos⁹⁴. Além disso, sempre haveria um segmento do universo de substituídos que seria hipossuficiente, razão pela qual a exigência de pertinência temática seria injustificável.

A matéria também é conflituosa no âmbito dos tribunais regionais federais⁹⁵, que oscilam entre a exigência e a dispensa do requisito da pertinência temática. Nos tribunais superiores, há arestos que reconhecem a legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes, quando interessados na discussão relativa a benefícios previdenciários⁹⁶. Há casos, ainda, em que essa legitimidade foi reconhecida, pois o universo de substituídos é parcialmente composto por hipossuficientes, a exemplo de ações

⁹³ Teori Albino Zavascky, *Processo coletivo*, p. 63.

⁹⁴ Aloísio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas*, p. 268.

⁹⁵ TRF1 – AC 2009.33.00.001925-6/BA – Sexta Turma – Relatora Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, julgamento: 01/02/2010; TRF1 – AC 2004.32.00.005202-7/AM – Quinta Turma – Relatora Desembargadora Federal Selena Maria de Almeida, julgamento: 27/07/2007; TRF4 – AG 200904000233599, Quarta Turma – Relator Desembargador Federal Valdemar Capeletti, julgamento: 23/11/2009; TRF4 – AC 2008.70.00.014882-0 – Quarta Turma – publicado em 19/08/2009. Disponível em www.trf1.jus.br e acessado em 30 de março de 2013.

⁹⁶ AgRg no REsp 1243163/RS, publicado em 27/02/2013 3, disponível no sítio eletrônico http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=legitimidade+defensoria+publica+acao+civil+publica&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO e acessado em 21 de agosto de 2013.

civis públicas que visem discutir a validade de cláusulas em contratos de arrendamento mercantil⁹⁷.

Destaca-se precedente da Segunda Turma do STJ no sentido de reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direito transindividual relativo à educação, dada a sua relevância social⁹⁸, mesmo se o interessado não for hipossuficiente. Nesse caso concreto, discutia-se a validade de regra prevista em edital de processo seletivo de transferência entre instituições de ensino superior. O interessado na transferência não era necessitado do ponto de vista econômico, mas foi considerado hipervulnerável no sentido de que seria socialmente estigmatizado ou excluído, e que por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, necessitaria do apoio do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Considerou-se, ainda, que em se tratando de direitos metindividuais, é necessária uma análise da extensão subjetiva da prestação jurisdicional, vale dizer, da sua capacidade de favorecer, mesmo que não exclusivamente, os mais carentes. Ainda que um dos substituídos possua condições financeiras de demandar em juízo, não haverá razão para recusar a tutela a dezenas ou milhares de necessitados, deixando-os à míngua de graves lesões de natureza supraindividual.

Esse tema também teve a sua importância reconhecida no âmbito do Supremo Tribunal Federal em três oportunidades. Na primeira delas, houve precedente desfavorável à Defensoria Pública, por ocasião do julgamento da ADI 558/RJ, que condicionou a propositura de ações coletivas à defesa de interesse de pessoas necessitadas. Na segunda, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o art. 5º, II, da LACP, com redação dada pela Lei nº 1.448/2007. A ação foi distribuída à Min. Carmem Lúcia Antunes da Rocha no ano de 2007, aguardando julgamento desde então. Na terceira oportunidade, o tema também teve sua repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual daquela Corte, por ocasião do processamento do ARE 690838, Rel. Min. Dias Toffoli, que também aguarda julgamento desde então.

No particular, sustentamos que a Defensoria Pública possui legitimidade para a propositura de ações civis públicas, independente da pertinência temática, na medida em que os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos protegidos sempre compreenderão os interesses dos necessitados, se não do ponto de vista econômico (o que pode ocorrer para

⁹⁷ EDcl no AgRg no REsp 417878/RJ, publicado no DJ de 10/12/2012, disponível no sítio eletrônico https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200225627&dt_publicacao=10/12/2012 e acessado em 21 de agosto de 2013.

⁹⁸REsp 1264116/RS, publicado no DJ de 13/04/2012, disponível no sítio eletrônico https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18163285&sReg=201101565299&sData=20120413&sTipo=5&formato=PDF e acessado em 22/08/2013.

parte do grupo de substituídos), ao menos do ponto de vista da capacidade de organização política – os socialmente vulneráveis.

5.2.2.3 Entes da administração direta e indireta

A Lei nº 7.347/85 conferiu legitimidade para a propositura de ação civil pública aos seguintes entes públicos: União, estados, Distrito Federal, municípios, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Para que esses entes possam atuar em juízo, é necessário que se demonstre uma relação de pertinência entre o pedido formulado pela entidade autora e seus próprios interesses e objetivos como instituição, de maneira a evidenciar a situação de vantagem, ainda que em sentido genérico, para seus próprios interesses, da eventual procedência do pedido⁹⁹.

A ofensa ao bem tutelado deve se relacionar direta ou indiretamente com os entes públicos enumerados ou com um deles, para que se caracterize o interesse e se justifique o ingresso em juízo. João Batista de Almeida¹⁰⁰ indica alguns dos fatos ligados às características da lide que podem indicar a ocorrência ou não desse interesse: a) a natureza do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão; b) a quantidade e a localização dos interesses lesados ou ameaçados. Cita como exemplo a legitimidade de um município para propor ação civil pública na defesa dos interesses de seus munícipes, uma demanda que não poderia ser reproduzida pelo mesmo Município para a defesa de interesses de pessoas residentes em outros municípios.

Admite-se a legitimidade de pessoas administrativas para a tutela de direitos metaindividuais, tais como para combater atos que ocasionem danos a rios, florestas e parques situados na sua própria área territorial, ou mesmo para a tutela do interesse difuso à livre concorrência, como observou Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰¹. Todos os entes públicos são considerados por lei como capazes para defender os interesses dos substituídos, sendo-lhe presumida a representatividade adequada. O art. 82, III, do CDC previu expressamente a possibilidade de propositura de ações civis públicas por órgãos da Administração direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, quando estes possuam entre suas finalidades institucionais a defesa dos interesses transindividuais. São exemplos dessa possibilidade o reconhecimento da legitimação aos órgãos de proteção e defesa do consumidor integrantes da estrutura do Poder Executivo (PROCON) e também do Poder Legislativo, tais como a

⁹⁹ Teori Albino Zavascki, Processo coletivo, p. 63.

¹⁰⁰ João Batista de Almeida, Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública, p. 148.

¹⁰¹ Rodolfo de Camargo Mancuso, Jurisdição coletiva e coisa julgada, p. 428.

Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que teve sua legitimidade reconhecida pelo STJ¹⁰².

5.2.2.4 Legitimação das associações

As associações possuem legitimidade para a propositura de ação civil pública, nos termos dos artigos 5º, V, a e b, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Essa legitimação é condicionada a dois fatores: a) que a associação seja constituída há pelo menos um ano, sendo tal requisito dispensável pelo juiz¹⁰³ em caso de manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou mesmo pela relevância do bem jurídico a ser protegido; b) que a associação inclua, dentre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, histórico, turístico e paisagístico.

O Código de Defesa do Consumidor também fixa a legitimidade das associações para a propositura de ações civis públicas que versem sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sem a necessidade de autorização assemblear. No particular, o artigo dá tratamento diferenciado às associações do que aquele conferido pela Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, XXI, dispôs que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

O aparente conflito entre essas normas e a menção do artigo constitucional destacado ao termo “representar” suscitou debate a respeito da necessidade de autorização (genérica, assemblear ou específica) para a propositura de ações civis públicas por parte de associações. O cerne da discussão diz respeito a saber se a associação atua como substituta ou representante processual dos titulares dos direitos transindividuais discutidos em juízo, e se seria razoável a exigência da autorização específica em caso de representação.

Não se justifica a confusão entre os institutos da substituição processual e da representação. Na substituição, o substituto atua por autorização legal, em nome próprio, na defesa de interesse alheio, com *status* de parte processual, podendo até mesmo agir contra a vontade do substituído, mesmo que ambos, substituto e substituído, sujeitem-se à produção de coisa julgada. Na representação, por sua vez, o representante atua em nome alheio, na defesa de interesse alheio. Somente o representado ostenta a qualidade de parte processual, suporta os

¹⁰² STJ – REsp 1075392/RJ – Relator para Acórdão Min. Herman Benjamin, julgamento em 15/12/2009.

¹⁰³ A possibilidade de dispensa do requisito legal evidencia uma das hipóteses de *defining function do juiz* nos processos coletivos, conforme argumenta Kazuo Watanabe, *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 826.

riscos e consequências de eventual sucumbência e se submete aos efeitos da coisa julgada eventualmente produzida¹⁰⁴.

Adotamos o entendimento de que as associações sempre atuam na qualidade de substitutas processuais de seus filiados. Por conseguinte, não nos parece razoável a exigência de apresentação de autorização específica para a demonstração da regularidade de sua representação processual em juízo¹⁰⁵, ou mesmo de autorização assemblear¹⁰⁶. Tal medida não se coaduna com o instituto da substituição processual, que convive muito bem com a simples exigência de autorização genérica no estatuto. Além disso, é contraproducente obrigar a parte autora a providenciar a autorização de um universo de milhares de associados, num momento processual inicial, em que não se sabe sequer se a demanda será julgada procedente. Não fosse o bastante, se sobrevier julgado de procedência, seus efeitos se produzirão em benefício de todos os membros da categoria ou de uma parte deles, os quais poderão se habilitar quando o processo já se encontrar em fase de execução, conforme art. 103, II, do CDC¹⁰⁷ e entendimento hegemônico do STJ¹⁰⁸.

Outros elementos que reforçam a desnecessidade de autorização específica para a propositura de ação civil pública por associação são as previsões normativas contidas no art. 82, IV, do CDC e o art. 21 da Lei nº 12.016, de 10 de agosto de 2009¹⁰⁹, que dispensam a apresentação de autorização específica ou assemblear para a propositura de mandado de segurança coletivo ou mesmo de ação civil pública por associação. Esse tratamento legislativo

¹⁰⁴ Edson Ferreira da Silva, Da legitimação extraordinária, inclusive na Constituição de 1988, p.31.

¹⁰⁵ A Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que incluiu o art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997, exige que a inicial da ação civil pública proposta contra entidade da administração direta, autárquica ou fundacional seja instruída com ata da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

¹⁰⁶ O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da RCL 5.215/SP Ag RG, publicada em 15/04/2009, considerou que os mandados de segurança coletivos podem ser impetrados pelas associações e sindicatos independente de qualquer autorização. Todavia, somente os processos coletivos propostos por associações deverão ser instruídos com autorização específica da Assembleia Geral, em função de o art. 5º, XXI, da CF ter tratado da figura da representação, no entender daquela Corte.

¹⁰⁷ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...) 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;

¹⁰⁸ Cf. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - AÇÃO COLETIVA PROMOVIDA POR ENTIDADE DE CLASSE - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - POSSIBILIDADE - AUTORIZAÇÃO - DESNECESSIDADE. 1. Afasto a alegada violação do art. 535 do CPC, pois o Tribunal de origem, para resolver a lide, analisou a questão por fundamentação que lhe pareceu adequada, refutando, portanto, os argumentos contrários ao seu entendimento. 2. A jurisprudência desta Corte admite que integrante da categoria beneficiada com sentença coletiva execute individualmente o título judicial, ainda que não tenha autorizado expressamente a associação a defender o interesse da classe em Juízo e mesmo que não tenha seu nome incluído na lista de associados juntada com a inicial. Precedentes. 3. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1255493/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 15/05/2013). Disponível para consulta em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=associacao+autorizacao&b=A COR&thesaurus=JURIDICO#DOC2 e acessado em 26/08/2013.

¹⁰⁹ A redação do dispositivo legal reproduz o teor do Enunciado 629 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

dado ao mandado de segurança coletivo também deve ser estendido às ações civis públicas propostas por associações, uma vez que o que distingue ambos é exclusivamente o procedimento.

Logo, a melhor interpretação a ser dada é considerar que a autorização exigida para a propositura de ação civil pública ou de mandado de segurança coletivo por parte de uma associação é aquela prevista genericamente em seu ato constitutivo, não sendo razoável a exigência de autorização assemblear ou mesmo de autorização específica. Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da AO 152/RS, publicada no DJ de 03/03/2000¹¹⁰, cujo voto vencedor se deu no sentido da inexistência de autorização expressa dos filiados.

5.2.2.5 Legitimação do indivíduo para propositura de ação civil pública

O direito positivo brasileiro conferiu ao indivíduo a legitimação para a tutela coletiva somente nos casos de ação popular, para a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988 e do art. 1º, caput, da Lei nº 4.717/1965.

Essa legitimação restrita reflete a desconfiança com que se encara o manejo dos instrumentos da tutela coletiva pelos indivíduos no país. Haveria um receio de que o particular pudesse exercitar abusivamente o direito de ação, propondo ações coletivas com fins exclusivamente eleitoreiros, abandonando-as à própria sorte após obter o alarde público desejado. Há quem afirme¹¹¹, inclusive, que a ação popular estaria em processo de declínio e descrédito, em razão de um suposto uso indevido e abusivo, gerado, em grande dose, pelo desvio de sua finalidade, pela dissimulada perseguição de ordem política e pela busca de promoção pessoal de seu autor.

E assim é porque o autor-popular sabe que a imprensa costuma dar divulgação especial ao seu ajuizamento, o que, em si e de pronto, causa lesão à imagem pessoal, familiar e funcional do réu, a qual nunca será integralmente reparada, nem mesmo com a improcedência da ação, pois esta, além de somente vir após vários anos, raramente tem o mesmo destaque na imprensa ou quanto tem, vem sem o mesmo dado à época do ajuizamento. Portanto, o rumor,

¹¹⁰ Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AO%24%2ESCLA%2E+E+152%2E+NUME%2E%29+OU+%28AO%2EACMS%2E+ADJ2+52%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/afj59zv> e acessado em 26/08/2013.

¹¹¹ José Emanuel Burle Filho, Tutela da probidade administrativa. A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios, p. 340.

o fragor, o alarido local e social, causados pelo ajuizamento da ação popular, nunca são apagados. Vale dizer, o mero ajuizamento da ação popular é causa suficiente para gerar uma sanção irreversível ao demandado. Essa moldura revela que o uso da ação popular em grande dose tem sido abusivo, gerando o declínio desse valioso meio constitucional de defesa da legalidade e do patrimônio público.

No caso da ação popular, a única medida processual a ser utilizada para inibir o seu manejo abusivo é a prevista no art. 13 da Lei 4.717/65, segundo o qual é possível impor o pagamento do décuplo das custas em caso de propositura de ações manifestamente temerárias. Infelizmente, tal sanção não é rígida o suficiente para inibir o ajuizamento abusivo de demandas, razão pela qual pensamos que a legitimação do indivíduo para a propositura de ações civis públicas no país não é recomendável.

5.3 Réu no processo civil coletivo

5.3.1 Réu em ação civil pública

As pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado podem figurar como réus em uma ação civil pública. Para que atendam ao requisito da legitimidade passiva, deverão estar diretamente relacionadas à prática da conduta que ameaça ou causa lesão a um bem tutelado por essa via processual¹¹². Admite-se de forma extremamente restrita a propositura de ações civis públicas contra pessoas jurídicas de direito público que não tenham praticados atos lesivos aos interesses metaindividuais, mas que licenciaram ou permitiram a atividade nociva, ou mesmo deixaram de coibi-la, quando obrigados a tanto¹¹³. Sua responsabilidade decorreria de sua postura omissiva, ante o descumprimento de um dever jurídico imposto por lei, sendo que a jurisprudência têm se posicionado contrariamente a esta tentativa de responsabilização do Estado como segurador universal.

Ações civis públicas propostas contra órgãos e entes despersonalizados não têm sido admitidas, devendo figurar no polo passivo da demanda o ente público ao qual são vinculados. Na eventualidade de a autoridade, funcionário, administrador ou agente público haver autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou, ainda que por omissão, houver dado oportunidade ao surgimento da lesão, ela poderá ser responsabilizada

¹¹² João Batista de Almeida, Aspectos controvertidos da ação civil pública, p. 157.

¹¹³ Hugo Nigro Mazzilli, A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 392.

pessoalmente por meio de ação civil pública, a ser proposta contra a pessoa física que ocupava o cargo público, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

Ponto de intensa discussão doutrinária é o que diz respeito à possibilidade de o substituto processual figurar em juízo como réu em ação civil pública, vale dizer, um grupo ou classe ser demandado em juízo. No direito americano existe previsão normativa específica na norma 23 (A) *das Federal Rules of Civil Procedure* (1966)¹¹⁴. No direito brasileiro, entretanto, não se admite essa possibilidade, pois os dispositivos legais de regência somente admitem a atuação do substituto no pólo ativo da relação processual, conforme se depreende da leitura do artigo 5º da Lei 7.347/1985; do art. 3º da Lei 7.853/89; do art. 91 do CDC; do art. 29 da Lei 8.884/94 e do art. 210 da Lei nº 8.069/90¹¹⁵. Todos os dispositivos legais destacados indicam que o substituto processual somente pode atuar como Autor, certamente porque o legislador buscou assegurar que os interesses metaindividuais pudessem ser tutelados da melhor forma¹¹⁶.

Esse também é o posicionamento mais recente do Superior Tribunal de Justiça, perfilhado por ocasião do julgamento do REsp 1.051.302/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi e publicado no DJ de 28/04/2010. Neste julgado, aquela Corte decidiu que um sindicato-autor tem legitimidade extraordinária constitucionalmente atribuída para representar os trabalhadores como autor da ação, na qualidade de substituto processual. Mas não a tem para representá-los como réu. Os processos coletivos passivos, ainda não regulamentados no direito brasileiro como regra geral, são admitidos apenas em hipóteses especiais (v.g. dissídios coletivos de trabalho, ações propostas contra sindicatos procurando restringir o exercício abusivo do direito de greve etc.).

Ficou registrado ainda no acórdão destacado que o instituto da ação civil pública passiva foi previsto no anteprojeto do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, em seus arts. 31 a 34, quando houve previsão de uma ação coletiva passiva em face de uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, cuja sentença de procedência terá qualidade de coisa julgada *erga omnes*, desde que se trate de interesse difuso ou coletivo, ressaltando-se os titulares de direitos individuais decorrentes de origem comum (homogêneos), os quais não ficarão cobertos pela coisa julgada, desde que promovam as respectivas ações individuais com o escopo de afastá-las de sua esfera jurídica. Previsão legislativa semelhante está contida no anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo

¹¹⁴ Art. 23 (A) *One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all.*

¹¹⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 468.

¹¹⁶ A Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003, denominada de Estatuto de Defesa do Torcedor, sinaliza no sentido de atribuir às torcidas organizadas a legitimação processual passiva em juízo como responsável pelos atos praticados por seus torcedores.

elaborado por Antônio Gidi (art. 28¹¹⁷) e pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA (art. 42¹¹⁸). O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado por Ada Pellegrini Grinover, em seu art. 38, prevê¹¹⁹ esta modalidade de ação apenas para a tutela de direito difusos ou coletivos, em sentido estrito, excluindo os direitos individuais homogêneos.

Os anteprojeto destacados refletem uma tendência legislativa a consolidar o sistema de tutela coletiva vigente no país, que até o momento não se encontra dotado de dispositivos que prevejam as ações coletivas passivas.

Não obstante a inexistência de previsão legislativa, Fred Didier Júnior e Hermes Zaneti Jr¹²⁰ indicaram alguns exemplos da jurisprudência em que essa figura processual inovadora foi prevista.

O primeiro exemplo ocorreu no ano de 2004, quando a União propôs demanda contra a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal, objetivando o retorno de suas atividades. Nesse caso, as entidades demandadas figuraram como representantes do grupo de servidores a quem se imputava o dever jurídico de retornar ao trabalho.

O segundo exemplo ocorreu no ano de 2008 quando alunos da Universidade de Brasília invadiram o prédio da Reitoria, reivindicando a renúncia do Reitor. A ação coletiva foi proposta contra o Diretório Central dos Estudantes, que figurou como representante de uma coletividade de praticantes de ilícitos, os quais teriam o dever individual homogêneo de deixar o imóvel invadido e respeitar a posse da instituição de ensino.

¹¹⁷ Art. 28. A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue.

Art. 28.1 A associação representará o grupo como um todo e os membros do grupo. O membro do grupo será vinculado pela sentença coletiva independentemente do resultado da demanda, ainda que não seja membro da associação que o representou em juízo.

Art. 28.2 Se não houver associação que congregue os membros do grupo réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo.

Art. 28.3 Os membros do grupo poderão criar uma associação com a finalidade específica de representá-los em juízo na ação coletiva passiva.

Art 28.4 Os membros do grupo poderão intervir no processo coletivo passivo.

Art. 28.5 O representante terá o direito de ser ressarcido pelos membros do grupo das despesas efetadas com o processo coletivo, na proporção do interesse de cada membro.

¹¹⁸ Art. 42. Ação contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º) e se revista de interesse social.

¹¹⁹ Art. 38 Ações contra grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada, se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos e a tutela se revista de interesse social.

¹²⁰ Fred Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, Curso de Direito Processual Civil, vol. 4, p. 439.

5.3.2 Réu em ação popular

No caso da ação popular, de acordo com o artigo 6º, caput, da Lei 4.717/1965, deverá figurar no polo passivo da relação processual a pessoa jurídica pública ou privada, a União, o Distrito Federal, o Estado, o Município, a entidade autárquica, a sociedade de economia mista e a sociedade mútua de seguro na qual a União represente o segurado ausente, a empresa pública, o serviço social autônomo, a instituição ou fundação para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, as empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. Além das pessoas jurídicas, deverão figurar no pólo passivo as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, bem como os beneficiários diretos do ato ou omissão.

5.3.3 Réu em ação de improbidade administrativa

No particular da ação de improbidade administrativa, possui legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual qualquer sujeito que cometa um ato de improbidade administrativa. Segundo o artigo 2º da Lei de Improbidade Administrativa, reputa-se agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função. O ato de improbidade pode ser imputado inclusive àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra (juntamente com um agente público) para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido da possibilidade de a pessoa jurídica figurar no polo passivo da ação de improbidade administrativa, exclusivamente ou em litisconsórcio com seus sócios ou gestores que ajam praticado atos ímprobos. Trata-se do REsp nº 970.393/CE, relatado pelo Min. Benedito Gonçalves e publicado no DJ de 29/06/2012. Nesse julgado, o STJ se posicionou no sentido de que as pessoas jurídicas podem praticar atos de improbidade e podem se sujeitar às sanções que sejam compatíveis com a sua natureza, tais como o ressarcimento integral do dano, à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ao pagamento de multa civil e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou

creditícios, nos termos e limites do art. 12 da LIA (ficam ressalvadas apenas as sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública).

5.3.4 Legitimidade passiva em mandado de segurança coletivo

No caso do mandado de segurança coletivo, a legitimidade para figurar no polo passivo da demanda é conferida à autoridade coatora (entendida como aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática, nos termos do §3º do art. 6º da Lei nº 12.016/2009), bem como a pessoa jurídica que esta integra.

Cássio Scarpinella Bueno sustenta que existe uma espécie de litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que pertence, e que na hipótese de haver equívoco quanto à indicação do polo passivo da relação processual, a medida mais adequada seria oportunizar ao impetrante a regularização do polo passivo da demanda, em vez da extinção do processo sem resolução do mérito. No particular, a adoção de medida prevista no rito comum ordinário (art. 284 do CPC) não conflitaria com o rito especial do mandado de segurança e estaria de acordo com o princípio da economia processual.

5.4 Pedido em ação civil pública

O art. 1º da Lei nº 7.347¹²¹, de 24 de julho de 1985, estabelece que as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais decorrentes de violações a direitos metaindividuais são regidas por esta norma. Segundo Hugo Nigro Mazzilli¹²², a indenização por danos patrimoniais corresponde à recomposição do valor correspondente ao prejuízo econômico que o lesado sofreu em razão do ato ilícito (danos emergenciais e lucro cessante). Também é possível o pedido de reparação por danos extrapatrimoniais, a exemplo de danos morais, estéticos e biológicos, que, apesar de também não terem caráter patrimonial, nem por isso deixam de ser suscetíveis de valoração econômica para efeitos indenizatórios.

¹²¹ Prescreve este dispositivo que as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

Disponível em www.planalto.gov.br, com acesso em 10 maio de 2012.

¹²² Hugo Nigro Mazzilli, A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 150.

Teori Albino Zavascki¹²³ argumenta que essa previsão normativa poderia levar à equivocada conclusão de que somente poderiam ser deduzidas pretensões de natureza condenatória no âmbito de uma ação civil pública. O próprio autor, entretanto, esclarece que o art. 3º¹²⁴ dessa lei também admite provimentos de caráter cominatório e inibitório. Por fim, conclui que a ação civil pública é instrumento com múltipla aptidão, admitindo a tutela preventiva e reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (indenizações em dinheiro) ou pessoal (de cumprir obrigações de fazer ou de não fazer), o que comporta todo o leque de provimentos jurisdicionais: condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e meramente declaratórios, inclusive de forma cumulada (ainda que envolvam direitos metaindividuais de natureza distinta, v.g. direitos coletivos e individuais homogêneos). Essa interpretação é reforçada a partir da exegese do art. 83 do CDC, que admite todas as formas de ações para a defesa dos direitos metaindividuais¹²⁵.

Em função de o CPC ser subsidiariamente aplicável ao rito da LACP¹²⁶, é possível a dedução de pedido antecipatório no bojo de ação civil pública com fundamento no art. 284 do CPC, bem como a tutela cominatória determinada com fundamento no art. 84 do CDC, segundo o qual “na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, podendo se valer da imposição de astreintes¹²⁷ para esta finalidade.

A interpretação do pedido formulado em sede de ação civil pública não pode se dar exclusivamente sob a diretriz contida no art. 293 do CPC, segundo o qual os pedidos devem ser interpretados restritivamente. A interpretação restritiva poderia fulminar um dos princípios de maior aplicabilidade no âmbito do processo coletivo, vale dizer, o da máxima efetividade da tutela coletiva. Se a ação civil pública é proposta com o intuito de tutelar direitos de um número significativo de representantes, seria absurdo imaginar que tais direitos pudessem ser prejudicados em função de uma interpretação descontextualizada. Fala-se aqui em um objeto

¹²³Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo*, p. 56.

¹²⁴ Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Disponível em www.planalto.gov.br, com acesso 10 maio de 2012.

¹²⁵ Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Disponível em www.planalto.gov.br, com acesso 10 maio de 2012.

¹²⁶ Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições. Disponível em www.planalto.gov.br, com acesso em 10 maio de 2012.

¹²⁷ Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor. Disponível em www.planalto.gov.br, com acesso 10 maio de 2012.

abrangente do processo coletivo, em que se ampliam significativamente os poderes do juiz em detrimento do princípio do dispositivo.

A mesma linha de interpretação deve ser adotada no que diz respeito à estabilização do pedido em ação civil pública. Ao contrário do que estipulam os arts. 264¹²⁸ e 294¹²⁹ do CPC, poderá haver situações em que o aditamento ou a modificação do pedido se façam necessárias mesmo após a citação do réu. As peculiaridades do processo coletivo justificam a flexibilização das regras de hermenêutica, sob pena de comprometimento de sua eficácia. Ricardo de Barros Leonel¹³⁰ indica algumas dessas situações, em que o apego às regras processuais tradicionais poderia ensejar o desnecessário ajuizamento de nova demanda, com desperdício do material probatório já produzido, ou mesmo a propositura de múltiplas ações individuais com a mesma finalidade: v.g. a área lesada é muito maior; ou as espécies vegetais atingidas são não só aquelas descritas na inicial, mas inúmeras outras; ou que a fraude praticada em uma licitação e contrato administrativo envolvem outros fatos e com prejuízo infinitamente superior ao indicado na petição inicial.

Não se admite a formulação de pedido de pronunciamento de inconstitucionalidade de ato normativo em tese no bojo de ação civil pública. A admitir-se tal pretensão, a ação civil pública estaria sendo utilizada como sucedâneo de processos de controle concentrado de normas (com eficácia erga omnes), a exemplo de ações diretas de inconstitucionalidade e ações interventivas, as quais possuem como foro de apreciação os órgãos jurisdicionais colegiados. No caso da ação civil pública, a discussão a respeito da inconstitucionalidade de determinada norma somente pode ser considerada a título de causa de pedir, mas não de pedido, e sua eficácia somente será produzida entre as partes envolvidas no litígio.

Destacamos, ainda, uma curiosa singularidade do pedido deduzido no bojo de processo coletivo. Como a causa de pedir em ação civil pública compreende a violação a direitos metaindividuais, é possível que a parte autora formule em juízo um pedido condenatório, com vistas à reparação do dano extrapatrimonial suportado pela coletividade. Esse prejuízo a ser reparado, também conhecido por dano moral coletivo, é definido por Xisto Tiago de Medeiros Neto¹³¹ como a lesão justa e intolerável a interesses e direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupos, classes ou categorias

¹²⁸ Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Disponível em www.planalto.gov.br, com acesso 10 maio de 2012.

¹²⁹ Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa. Disponível em www.planalto.gov.br, com acesso 10 maio de 2012.

¹³⁰ Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda*, p. 147-149.

¹³¹ Xisto Tiago de Medeiros Neto, *Dano moral coletivo*, p. 137.

de pessoas)os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.

A possibilidade de compensação por dano moral coletivo está prevista na CRFB, que em seu artigo 5º, V e X, consagra o princípio da reparação integral. Em razão deste princípio, toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, ainda que difuso ou coletivo, deverá ser objeto de reparação. Em nível infraconstitucional, a possibilidade de reparação por dano moral coletivo está contida no artigo 1º, IV, da LACP, que estende a proteção da tutela coletiva a qualquer interesse difuso ou coletivo, patrimonial ou não. Na mesma linha, o art. 6º, VI e VII, da Lei nº 8.078/90, que estabelece como direito básico do consumidor a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, bem como o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados. Todo esse arcabouço normativo sugere a reparabilidade do dano extrapatrimonial coletivo, desde que presentes os requisitos deste.

O primeiro deles é a ação voluntária do agente, que de forma deliberada adota conduta comissiva ou omissiva que ensejará o dano extrapatrimonial coletivo. O elemento subjetivo em questão é o referente à própria conduta, no sentido de querer praticá-la. Não se exige que essa conduta seja imputável ao agente a título de negligência, imprudência ou imperícia. Além disso, o agente provocador do dano pode ser pessoa física ou jurídica, razão pela qual o elemento subjetivo é secundário nesses processos em que a responsabilidade civil possui contornos objetivos.

Exige-se, ainda, a demonstração de que a conduta praticada tenha provocado um dano a direitos metaindividuais. No particular, essa demonstração se dá por meio da figura do dano *in re ipsa*, vale dizer, aquele dano que se presume da própria conduta violadora dos interesses da coletividade, causando prejuízos ao meio-ambiente, ao patrimônio público e cultural, aos padrões de moralidade e probidade administrativa, à ordem econômica e à economia popular, aos consumidores, aos portadores de deficiência, aos idosos, às crianças e adolescentes, aos integrantes de determinada religião, etnia, faixa etária, raça ou opção sexual.

Fixado o dever jurídico de reparação do dano moral coletivo, outro ponto de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial diz respeito a saber quais deverão ser os critérios para a aferição do valor correspondente ao dano suportado pela coletividade. É evidente que a quantificação do dano deve ser severa a ponto de dissuadir o responsável pela sua prática de voltar a praticá-lo – daí se falar em indenização punitiva, mas não há uma uniformidade de entendimento com relação a esses parâmetros. Xisto Tiago de Medeiros Neto identifica os

seguintes critérios de arbitramento: a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão; a situação econômico do ofensor; o eventual proveito obtido com a conduta ilícita; o grau da culpa ou do dolo, se presentes; a eventual reincidência, e o grau de reprovabilidade social da conduta adotada¹³².

Por fim, a indenização punitiva estabelecida e adimplida deverá reverter para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, em razão do disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/85, que estabelece que havendo condenação em dinheiro, na mesma deverá ser revertida para um fundo gerido por um conselho federal ou conselhos estaduais, com a participação do Ministério Público e de representantes da comunidade.

Em recente julgado¹³³, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de cumulação do pedido condenatório com o de compensação por dano moral coletivo em sede de ação civil pública. No acórdão ficou consignado que vigora em nosso sistema jurídico o princípio da reparação integral do dano ambiental, que, ao determinar a responsabilização do agente por todos os efeitos decorrentes da conduta lesiva, permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar. Além disso, destacou-se que a expressão “ou”, contida no art. 3º da Lei 7.347/1985¹³⁴, bem como nos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 – opera com valor aditivo, não introduzindo, portanto, alternativa que excluiria a possibilidade de cumulação de pedidos dessa natureza. Em primeiro lugar, porque vedar a cumulação desses remédios limitaria, de forma indesejada, a Ação Civil Pública – importante instrumento de persecução da responsabilidade civil de danos causados ao meio ambiente –, inviabilizando, por exemplo, condenações em danos morais coletivos. Em segundo lugar, porque incumbe ao juiz, diante das normas relativas aos direitos transindividuais – recheadas que são de conteúdo ético intergeracional atrelado às presentes e futuras gerações –, levar em conta o comando do art. 5º da LINDB, segundo o qual, ao se aplicar a lei, deve-se atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, cujo corolário é a constatação de que, em caso de dúvida ou outra anomalia técnico-redacional, a norma referente a interesse metaindividual demanda interpretação e integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*, haja vista que toda a legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos há sempre de ser compreendida da maneira que lhes seja mais proveitosa e melhor possa viabilizar, na perspectiva dos resultados práticos, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma. Por fim, a interpretação sistemática das normas e princípios

¹³² Xisto Tiago de Medeiros Neto, Dano moral coletivo, p. 163.

¹³³ RESP 1.328.753-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/05/2013, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/livrao/mainPage.jsp?seqiteor=1238162>, acessado em 26/09/2013.

¹³⁴ “Art. 3º. A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

ambientais leva à conclusão de que, se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado, isto é, restabelecido à condição original, não há falar, como regra, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro, de restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no âmbito da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação integral do dano. Cumpre ressaltar que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos processos ecológicos em si mesmos considerados). Em suma, considerou-se um equívoco confundir prioridade da recuperação *in natura* do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de reconstituição natural (obrigação de fazer), compensação ambiental por indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e nova lesão (obrigação de não fazer).

Fixado o panorama do pedido em sede de ação civil pública, passemos à análise de sua causa de pedir.

5.5 Causa de pedir na ação civil pública

5.5.1 Conteúdo: direitos metaindividuais

A causa de pedir em ação civil pública abrange os interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, nos termos do art. 81, Parágrafo Único, do Código de Defesa do Consumidor.

Kazuo Watanabe¹³⁵ esclarece que o legislador brasileiro optou por considerar como sinônimos os direitos e interesses, por entender que a partir do momento em que os interesses passam a ser amparados pelo direito, eles assumem o mesmo status de direitos, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre elas. O autor esclarece que em passado não tão remoto, a necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os interesses pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros da coletividade, como por exemplo, os interesses relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Para o autor, esse momento anterior da ciência processual era

¹³⁵ Kazuo Watanabe, CDC comentado pelos Autores do Anteprojeto, p. 801.

extremamente marcado pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que se valeu dos termos “interesses (art. 5º, LXX, b) e “direitos e interesses coletivos” (art. 129, III), houve significativo impulso à tutela dos interesses e direitos metaindividuais, os quais já contavam com respaldo doutrinário e jurisprudencial. Assim sendo, direitos e interesses metaindividuais devem ser considerados como sinônimos, sendo que para fins de uniformização metodológica, adotaremos a expressão “direitos” com abrangente das duas figuras.

Uma peculiaridade dos direitos metaindividuais é a de que estes podem não estar distribuídos da mesma forma entre os integrantes de um mesmo grupo. Quanto mais complexas as relações sociais em determinada comunidade, maior a possibilidade de os interesses metaindividuais de diferentes subgrupos ou facções conflitarem entre si. Haveria, por conseguinte, diversos interesses coletivos em jogo, os quais eventualmente podem coincidir ou mesmo conflitar com outros interesses de igual importância social. Exemplo interessante dessa situação é dado por Hugo Nigro Mazzilli, quando cita o caso dos posicionamentos que surgem a partir da instalação de uma fábrica em determinada região. Parte da comunidade pode estar interessada na geração de empregos; outra parte, no maior recolhimento de impostos, e poderá haverá também interesses em sentido contrário, em função dos possíveis danos ao meio-ambiente que possam advir desse empreendimento¹³⁶. A divergência de interesses sempre ocorrerá e é a tolerância com as posições divergentes o que marca de forma indelével um contexto democrático, razão pela qual não se pode concluir que a diversidade de interesses negaria a idéia da existência de um bem comum. Em verdade, existem diversos interesses que podem ser caracterizados como bem comum, e estes não se excluem necessariamente.

5.5.2 Origem dos direitos metaindividuais

Conforme esclarece Ada Pellegrini Grinover¹³⁷, as ações civis públicas para a defesa de direitos individuais homogêneos possuem sua origem no instituto americano da class action. Esta teve seu primeiro precedente histórico no Bill of Peace do século XVII e foi disciplinada no direito positivo americano pela primeira vez no ano de 1938, com as Federal Rules of Civil Procedure. Após muita controvérsia doutrinária e jurisprudencial, o instituto foi novamente regulado pelas Federal Rules de 1966, mantendo a tradição de regulação de direitos coletivos

¹³⁶ Hugo Nigro Mazzilli, A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 155.

¹³⁷ Ada Pellegrini Grinover, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 855.

indivisivelmente considerados, bem como de direitos individuais divisíveis, conjuntamente tratados por sua origem comum.

Assim sendo, o regramento contido na regra 23 das Federal Rules de 1966 estabeleceu diversos requisitos de admissibilidade para a propositura da class action (*threshold requirements*): a) que a classe seja tão numerosa que a reunião de todos os membros seja impraticável; b) que haja questões de fato e de direito comuns à classe; c) que as demandas ou exceções das partes representativas sejam típicas demandas de classe; d) que as partes representativas protejam justa e adequadamente o interesse da classe. Além disso, no caso específico das *class actions for damages*, que correspondem às nossas ações civis públicas para defesa de direitos individuais homogêneos (not mandatory – não-obrigatórias), foi estipulada norma segundo a qual o Juiz decidirá que aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe devem prevalecer sobre as questões que afetem apenas membros individuais, e quando a ação de classe será o meio superior e mais adequado para o justo e eficaz julgamento da controvérsia, se comparado com o recurso à via individual. A causa de pedir (findings) deverá abranger: a) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; b) a amplitude e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; c) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe¹³⁸. Sendo a ação considerada como não-obrigatória, haverá a possibilidade de o particular pleitear sua exclusão da class action (*opt out*), sendo que todos os que não manifestarem essa intenção acabarão sendo atingidos pelos efeitos da coisa julgada que venha a ser produzida nesse processo coletivo.

A primeira previsão normativa de *class action for damages* no Brasil ocorreu na Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989, que atribuiu ao Ministério Público legitimidade para propositura de medidas judiciais destinadas a evitar prejuízos ou obter o ressarcimento dos danos sofridos pelos titulares de valores mobiliários e investidores do mercado. Posteriormente, o Código de Defesa do consumidor trouxe nova disciplina a matéria, estipulando normas gerais, que estão previstas no Capítulo II do Título III daquele diploma legal.

¹³⁸ Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 856.

5.5.3 Classificação dos direitos metaindividuais

No que diz respeito à classificação dos direitos metaindividuais, a primeira espécie a que faz referência o art. 81 do CDC é a dos direitos difusos, considerados como aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Os titulares desses direitos não podem ser identificados (pessoas indeterminadas) nem mantêm entre si (ou contra terceiro) uma relação jurídica base. Além disso, o bem jurídico a que se referem possui natureza indivisível. Como ponto de contato, exclusivamente, uma ligação por circunstâncias de fato, v.g. a intoxicação de uma comunidade decorrente do vazamento de material radioativo de uma usina nuclear, ou mesmo a exposição à publicidade enganosa ou abusiva a que foi submetido o universo de consumidores de um determinado município; destacam-se ainda os direitos difusos relativos ao meio-ambiente; ao consumidor, e ao patrimônio cultural, público e social. Hugo Nigro Mazzilli¹³⁹ observa que alguns desses direitos difusos são tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público, como os relativos ao meio ambiente. Outros têm uma abrangência menor, por dizerem respeito a um grupo disperso, a exemplo do grupo formado por consumidores de um medicamento. Existem, ainda, os direitos difusos que digam a respeito a grupos que conflitam com outros ou mesmo com o do próprio estado (v.g. o dos contribuintes). A existência de uma diversidade de direitos difusos e da possibilidade de existência de conflito entre seus titulares demonstra a complexidade das relações sociais na comunidade, que será regida com proeminência daqueles interesses que se demonstrarem politicamente organizados de forma mais adequada.

A segunda classificação do art. 81 do CDC se refere aos direitos coletivos, conceituados como 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 (anterior ao fato que ensejou a violação do direito, segundo a lição de Kazuo Watanabe¹⁴⁰). Esses direitos são marcados pela transindividualidade, sendo que os seus titulares são determináveis, porque pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas, as quais podem ou não estar organizados em sindicato ou associação, tanto que se sujeitam aos efeitos de uma eventual sentença proferida em processo de que seja parte sindicato ou associação, nos termos do art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor. Em função da indivisibilidade do objeto, os membros desse grupo, categoria ou classe estão uniformemente expostos à violação de seu

¹³⁹ Hugo nigro Mazzilli, A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 54.

¹⁴⁰ Kazuo Watanabe, op. cit. p. 803.

patrimônio jurídico, pois o direito em discussão possui caráter indivisível, e a sentença proferida os atingirá também de maneira uniforme no que diz respeito aos seus efeitos.

A terceira e última classificação do art. 81 do CDC diz respeito aos direitos individuais homogêneos, os quais possuem entre si uma origem comum de fato ou de direito e que podem ser tutelados de forma coletiva. Tais direitos possuem titulares determinados e objetos divisíveis, e poderiam ser vindicados em juízo de forma individual, mas a legislação brasileira admite que sejam tratados em juízo como uma espécie de bloco, onde estariam imbricados. A tutela coletiva desses direitos individuais homogêneos é de todo conveniente, na medida em que racionaliza o sistema jurídico, evitando o processamento desnecessário de elevado número de demandas individuais repetidas.

5.5.4 Exemplos de direitos metaindividuais

Existem diversos exemplos de direitos metaindividuais no direito brasileiro. Destacamos os direitos metaindividuais relativos ao meio-ambiente; ao consumidor; aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; à infração da ordem econômica, da economia popular e da ordem urbanística. Além destes, a CFRB considera como direitos metaindividuais o patrimônio público e social e os direitos e interesses das populações indígenas. A legislação infraconstitucional que sobreveio à CRFB consagra diversos direitos metaindividuais, tais como os das pessoas portadoras de deficiência; dos investidores no mercado imobiliário; do consumidor; do patrimônio público em caso de enriquecimento ilícito de agente ou servidor público; da criança e do adolescente e do torcedor¹⁴¹. Vejamos cada um deles.

A proteção ao meio ambiente foi prevista no direito brasileiro pela primeira vez pelo Decreto 83.540, de 04 de junho de 1979, o qual conferia ao Ministério Público a responsabilidade pela propositura de ação de responsabilidade civil por danos decorrentes da poluição por óleo. Posteriormente, a Lei nº6.938/1981 instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, atribuindo ao Ministério Público a ação para constranger o poluidor a indenizar ou a reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, independente de culpa. Somente com o advento da Lei 7.347/85 a tutela do meio ambiente se incrementou no país, conforme relato de Hugo Nigro Mazzilli¹⁴². A CFRB reconheceu ao meio-ambiente devidamente equilibrado a qualidade de direito de todos, bem de uso comum do povo e essencial à

¹⁴¹ João Batista de Almeida, Aspectos controvertidos da ação civil pública, p. 50.

¹⁴² Hugo Nigro Mazzilli, A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 158.

qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A defesa do consumidor foi disciplinada no país pelo artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988. No plano infraconstitucional, a Lei nº 8.078/90, denominada de Código de Defesa do Consumidor, disciplinou os diversos aspectos das relações de consumo, tanto do ponto de vista material quanto processual, estendendo a proteção coletiva a todo direito difuso, coletivo e individual homogêneo (mesmo que não relacionado ao direito do consumidor), com possibilidade de recurso aos mais diversos tipos de ações e provimentos judiciais. Além disso, teve o mérito de ser o primeiro diploma legal brasileiro a tratar de forma sistemática da tutela de direitos individuais homogêneos em juízo¹⁴³.

A defesa do patrimônio cultural abrange bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Desde o Decreto-Lei 25/1937, a preservação desse bem metaindividual é objeto de cuidado estatal, em função de serem vinculados a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico, nos termos daquela norma. Tal conceito foi sensivelmente ampliado pela legislador constituinte, quando dispôs no art. 216 do texto constitucional que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, projetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Não fosse o bastante, o legislador constitucional incumbiu ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, prover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, remetendo à legislação infraconstitucional a regulamentação de responsabilidade por danos ao patrimônio cultural.

A tutela contra lesões decorrentes de infrações à ordem econômica é disciplinada pelo art. 173 da Constituição Federal de 1988. O §4º deste artigo estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. A lei a que esse dispositivo constitucional fez remissão foi a de nº 8.884/94, posteriormente revogada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que trata de repressão e prevenção de infrações contra a ordem econômica, orientada pelos

¹⁴³ A Lei nº 7.913/89 disciplinou a defesa coletiva dos investidores de mercado de valores imobiliários, sendo cronologicamente anterior ao CDC, mas sem o mesmo rigor científico, no entender de Ricardo de Barros Leonel, *In Manual do processo coletivo*, p. 126.

ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, considerados como bens jurídicos cujo titular é a coletividade. O artigo 47 dessa lei assegura aos prejudicados, por si ou pelos seus substitutos processuais indicados no art. 82 do CDC, o ingresso em juízo para, em defesa de seus interesses individuais, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento da ação.

Conforme explanado, é a partir da identificação das partes, pedido e causa de pedir de uma ação civil pública que se viabiliza o reconhecimento da litispendência entre ações civis públicas, entre uma ação civil pública e outros processos de natureza coletiva (como o mandado de segurança coletivo e a ação popular), ou mesmo entre uma ação civil pública e ações individuais. No capítulo seguinte, identificaremos cada uma destas situações.

6 CRITÉRIOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA LITISPENDÊNCIA NO PROCESSO CIVIL COLETIVO

A preocupação com julgados contraditórios e com a prática de atos processuais desnecessários se verifica com mais razão no âmbito do processo coletivo. A circunstância de o processo coletivo produzir efeitos erga omnes justifica uma análise acurada das demandas, evitando que sejam processados simultaneamente feitos que reproduzem outros anteriormente ajuizados.

A constatação da litispendência entre ações civis públicas é bastante particular. Embora não seja difícil identificar os elementos objetivos da demanda (causa de pedir e pedido), há certa dificuldade em identificar o seu elemento subjetivo, pois o autor da demanda atua em nome próprio na defesa do interesse de terceiros.

Calha à baila a lição de Cândido Rangel Dinamarco, para quem as partes da relação jurídica material são os titulares de direitos e obrigações referentes a um bem da vida, a exemplo dos sujeitos que celebram um contrato, ou mesmo o que causou o dano e aquele que o sofreu. Em regra, ostentam essa qualidade apenas os sujeitos da relação material em litígio. Situações há, entretanto, em que serão partes o sujeito que propôs a demanda e aquele em face do qual a demanda foi proposta e que veio a ser citado, não obstante não sejam os próprios titulares da relação jurídica de direito material em questão¹⁴⁴. Por conseguinte, é possível que haja identidade de substituídos, apesar de divergirem as partes processuais que os substituem. Tratemos de abordar cada uma destas situações, portanto.

6.1 Litispendência entre ações civis públicas propostas pelo mesmo legitimado

São comuns no meio forense ações civis públicas propostas pelo mesmo legitimado, com idêntico pedido e causa de pedir, perante o mesmo foro. Sempre que constatada a identidade entre os elementos da ação, a mais moderna deverá ser extinta.

Haverá, ainda, a possibilidade dessa repetição de demandas que tramitem perante foros distintos. Em casos tais, o critério para definir qual será a ação civil pública a ser extinta por litispendência será o da prevenção. O parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 7.347/85 adota como critério para definir o juízo preventivo o da data da propositura da demanda.

Essa regra processual deve ser adotada por ser específica com relação às regras contidas nos artigos 106 e 219 do Código de Processo Civil, segundo as quais a prevenção se define

¹⁴⁴ Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, p. 247.

pelo primeiro despacho, quando concorrem juízes com mesma competência territorial, ou pela primeira citação, quando concorrem juízos com competência territorial distinta¹⁴⁵.

Um exemplo interessante de litispendência entre ações civis públicas perante foros distintos ocorreu por ocasião do questionamento da constitucionalidade da Resolução nº 6, de 20 de outubro de 2010, emitida pela Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, que definiu Diretrizes Operacionais para a matrícula no Ensino Fundamental e na Educação Infantil. Dentre essas diretrizes, foi fixada a idade mínima de seis anos na data de 31 de março, como requisito para matrícula na primeira série do ensino fundamental¹⁴⁶.

Em diversas unidades da Federação, a norma em questão foi impugnada por pais de crianças com seis anos incompletos e que somente completariam a idade exigida após a data limite estipulada na resolução (31 de março). Muitos desses Autores se valeram de ações ordinárias e mandados de segurança individuais para tentar solucionar o imbróglio, até que a situação injusta causou constrangimento de tal monta que provocou o ajuizamento de diversas ações civis públicas pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal brasileira.

A primeira dessas ações civis públicas foi proposta perante o juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco e tombada sob nº 0013466-31.2011.4.05.8300. No bojo deste autos, foi proferida sentença¹⁴⁷ que determinou a imediata suspensão da resolução indicada, permitindo a regular matrícula no ensino fundamental, em todas as instituições de ensino do País, das crianças menores de 6 (seis) anos de idade em 31 de março do ano letivo a ser cursado. Na oportunidade, o Magistrado que sentenciou o feito considerou que o art. 16 da Lei nº 7.347/85 deveria ser interpretado de acordo com o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial Demonstrativo de Controvérsia nº 1.243.887-PR, vale dizer, reconhecendo a sua eficácia em todo território nacional. Contra esse julgado foi interposto recurso de apelação, que foi conhecido e provido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para restringir a eficácia do comando jurisdicional destacado exclusivamente ao Estado de Pernambuco.

Sucede que antes de o Tribunal Regional Federal da 5ª Região haver decidido no sentido de restringir a eficácia territorial da decisão judicial ao estado de Pernambuco, outros juízos já haviam tomado conhecimento da sentença proferida anteriormente pela Justiça Federal em

¹⁴⁵Digna de nota a previsão contida no Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamérica, que dispõe em seus arts. 29 e 30 que se considera como prevento para causas coletivas iguais ou conexas o juízo que conheceu da primeira ação, com a consequente indução de litispendência para as ações seguintes.

¹⁴⁶Art. 3º. Para o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, a criança deverá ter idade de 6(seis) anos completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula.

¹⁴⁷ Disponível em www.trf5.jus.br, acessado em 11 de agosto de 2013.

Pernambuco (que fixara sua eficácia em todo o território nacional) e reconheceram a litispendência entre as demandas, decretando a extinção do processo em que atuavam.

Assim sendo, o quadro atual é o seguinte: somente as crianças que residem nas seções judiciárias onde houve determinação judicial no sentido da suspensão da Resolução não foram por ela prejudicadas. Mais precisamente, as crianças que residem em Pernambuco e Minas Gerais (onde também tramitou o processo nº 50861-51-2012.4.01.3400, com mesma causa de pedir e pedido, em que foi decretada a suspensão da Resolução nº 6). As crianças que residem em outras unidades da federação continuam sendo atingidas pelos efeitos da Resolução nº 6, de 20 de outubro de 2010.

Sobre o tema, vale registrar o posicionamento de Elpídio Donizetti, no sentido de que, partindo do pressuposto da constitucionalidade do art. 16 da LACP (que o próprio autor refuta), a restrição da postulação inicial a determinada parcela do grupo ou a determinada região geográfica altera a qualidade jurídica da parte formal e não permite a configuração de litispendência¹⁴⁸. Por conseguinte, não haveria que se falar em litispendência entre duas demandas coletivas idênticas em defesa de um mesmo grupo, porém parcelado de acordo com a competência territorial do órgão judicial incumbido do julgamento de cada ação (ex: segurados da Previdência Social em Rondônia e Roraima). Para o autor, essa conclusão colide frontalmente com o fim do processo coletivo de servir à solução molecularizada do conflito metaindividual, pois acaba gerando a necessidade de propositura de diversas demandas idênticas, com produção de resultados eventualmente díspares, prejudicando a racionalidade das decisões.

Esse quadro inusitado ilustra a complexidade da matéria referente à litispendência em ação civil pública e como este tema se encontra intimamente relacionado ao da eficácia e da coisa julgada em sede de ação civil pública, sobretudo nos casos em que proferida decisão com cunho antecipatório.

6.2 Litispendência entre ações civis públicas propostas por legitimados distintos

Quando diferentes legitimados propuserem ação civil pública para a defesa dos mesmos direitos metaindividuais, com base em idêntica causa de pedir e pedido, novamente estará configurada a litispendência. Apesar de haver diversidade de partes, a circunstância de elas comparecerem em juízo na defesa de direitos do mesmo grupo de interessados implica o reconhecimento da litispendência. Nesse sentido, a lição de Aloísio Gonçalves de Castro

¹⁴⁸ Elpídio Donizetti, Curso de processo coletivo, p. 246.

Mendes, para quem não se deve levar em conta (para efeito de litispendência) apenas a parte formalmente presente no processo, mas os titulares do direito material ali deduzido¹⁴⁹.

Uma vez constatada a litispendência (ou conexão) entre ações civis públicas propostas por legitimados distintos, o juiz que processar o feito deverá ainda considerar a providência processual seguinte, o que pode gerar um impasse. A reunião dos processos litispendentes ou conexos é obrigatória? Ou existe a possibilidade de formulação de um juízo de conveniência e oportunidade sobre essa medida? Existe efetivamente uma boa margem para dúvida, por causa da redação do art. 105 do CPC¹⁵⁰, que dispõe que o juiz “pode” ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

Nelson e Rosa Nery consideram que a reunião de processos por conexão é matéria de ordem pública, cujo acolhimento representa um dever para o juiz. Em caso de conexão ou litispendência entre mais de uma ação, a reunião de todas elas seria obrigatória¹⁵¹. Cândido Rangel Dinamarco¹⁵² também entende que essa reunião é obrigatória, desde que o magistrado reconheça a identidade ou conexão entre os elementos da ação e a utilidade da reunião das demandas.

Posicionamento diverso é sustentado por Humberto Teodoro Júnior¹⁵³, para quem a litispendência representa condição objetiva de procedibilidade, sendo lícito ao juiz afastá-la ao apreciar as particularidades da causa, como por exemplo no caso de nulidade da citação ou extinção do processo primitivo sem resolução do mérito. Não sendo o caso de afastamento da exceção de litispendência, impõe-se a reunião dos feitos.

Gregório Assagra de Almeida, por sua vez, defende que em caso de constatação de litispendência entre ações civis públicas, a providência mais adequada e conveniente seja a reunião de processos, sobretudo nos casos em que o processo coletivo mais moderno esteja melhor instruído e embasado em inquérito repleto de provas¹⁵⁴. No seu entender, a simples extinção de um feito coletivo bem aparelhado comprometeria o interesse público na justa composição do litígio, prejudicando um número indeterminado de indivíduos.

Fredie Didier Júnior defende a reunião de processos em caso de litispendência, pois considera inócua a providência processual de extinção do feito mais moderno, uma vez que o colegitimado pode intervir no processo supérstite, na qualidade de assistente litisconsorcial.

¹⁴⁹Aloísio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 275.

¹⁵⁰ Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

¹⁵¹ Nelson Nery Junior, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, nota 7ª ao art. 2º da Lei nº 7.347/85.

¹⁵² Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 715.

¹⁵³ Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, p. 337.

¹⁵⁴ Gregório Assagra de Almeida, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 213.

Assim, sempre que houver compatibilidade de procedimentos e respeito às regras de competência absoluta, os processos deverão ser reunidos para julgamento simultâneo.

Para os que defendem a conveniência da reunião das ações civis públicas, há ainda outro argumento: a consulta ao ideal de democracia participativa, na medida em que não se tolhem as iniciativas de cada qual dos colegitimados ativos com a reunião dos processos. Rodolfo de Camargo Mancuso exemplifica tal situação com uma primeira ação coletiva, movida pelo MP, objetivando um comando inibitório de cobrança de certa taxa ilegal; sobrevindo segunda ação pelo IDEC com o mesmo desenho e igual finalidade, bastará reuni-las por conexão, para julgamento conjunto pelo órgão judicial prevento. A providência em questão, além de evitar a prolação de julgados conflitantes, aproveitará as diligências processuais levadas a efeito até então pelos colegitimados, otimizando o resultado das demandas¹⁵⁵.

Digna de nota, ainda, a lição de Hugo Nigro Mazzilli¹⁵⁶, para quem deve existir certa margem de discricionarieade para o juiz avaliar até que ponto convém ou não a reunião das ações, para o que deverá levar em conta: a) a fase processual de cada uma delas no momento em que se identifica o nexo¹⁵⁷; b) qual o grau ou a intensidade da conexão entre elas¹⁵⁸, e em que nível seu julgamento em separado poderá provocar decisões inconciliáveis. Caso seja tênue o grau de conexão e nula a possibilidade de conflito entre eventuais julgados isolados, a reunião poderá ser recusada. Entretanto, nem sempre será possível a reunião de processos. Ela deverá ser evitada se o fundamento jurídico das ações for diverso, como ocorre no caso de uma ação civil pública proposta com base na responsabilidade objetiva, e uma segunda ação civil pública proposta com base em outro fundamento jurídico.

Além disso, a litispendência não prescinde da identidade da causa de pedir próxima e da remota entre as demandas. Nesse sentido, o art. 7º do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo elaborado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pela Universidade Estácio de Sá, que em seu art. 7º dispõe que a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

Em sentido contrário, o posicionamento de Felipe Lopes Soares, In Litispendência entre ação civil pública e ação popular. Para este autor, os fundamentos jurídicos do pedido

¹⁵⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 497.

¹⁵⁶ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 279.

¹⁵⁷ Segundo o Enunciado 235 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado.

¹⁵⁸ No CC 112.647/DF, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a competência do foro da situação do imóvel para o processamento de ação real imobiliária. Posicionou-se, ainda, no sentido de que as ações pessoais contra a União deveriam ser propostas perante o foro eleito pelas partes por ocasião do contrato de concessão por elas firmado. Assim sendo, reconheceu a conexão entre os feitos e determinou a remessa da segunda demanda para o foro da situação do imóvel.

integram a causa de pedir, mas não devem ser considerados como elementos que delimitam objetivamente a demanda, em função de o CPC haver adotado a teoria da substanciação. Assim sendo, para verificar a identidade de causa de pedir, bastaria observar os fatos, e não os seus fundamentos jurídicos. Essa posição minoritária foi adotada pelo art. 29 do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, segundo o qual a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.

Além disso, a reunião de processos em razão da conexão poderia se revelar inviável, se o juízo não for competente em termos absolutos para o julgamento das diversas ações civis públicas, uma vez que a competência absoluta não pode ser prorrogada. Este foi o posicionamento inicialmente sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do CC nº 53.435/RJ¹⁵⁹, em que se discutia o foro competente para julgamento de três ações judiciais, sendo que somente uma delas foi proposta contra ente federal. Na oportunidade, aquela Corte entendeu que a reunião de processos por conexão só seria admissível se o juízo fosse competente para o julgamento de todas as causas, o que não ocorreu no caso examinado. Assim sendo, a ação proposta contra ente federal permaneceu no foro federal e as demais ações foram consideradas de competência da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para onde foram remetidas.

Sucedeu que esse posicionamento veio a ser revisto posteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça, evoluindo para admitir a reunião dos feitos no foro federal. Essa mudança de rumos se deu a partir de quatro precedentes daquele Tribunal: o CC 112.137/SP¹⁶⁰,

¹⁵⁹ CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS TRAMITANDO EM DIVERSOS JUÍZOS SENDO UM DELES FEDERAL. CONEXÃO. REUNIÃO DOS FEITOS. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA.

I - A competência da Justiça Federal, fixada no artigo 109 da Constituição, é absoluta, razão pela qual não se admite sua prorrogação, por conexão, para abranger causa em que ente federal não seja parte na condição de autor, réu, assistente ou oponente.

II - Destarte, a reunião dos processos por conexão só tem lugar se o mesmo juízo for competente para julgar ambas ou a diversidade das causas, o que não se verifica na espécie, uma vez que a Caixa Econômica Federal só integra o pólo passivo em uma das ações - na que tramita perante a 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro - sendo a Justiça Federal absolutamente incompetente para conhecer das demais.

III - Com relação à ação que tramita perante a 3ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, incide o enunciado 235 da Súmula desta Corte, que dispõe: "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado".

Conflito conhecido, para reconhecer a conexão, apenas, entre as ações que tramitam perante a 4ª e a 6ª varas empresariais do Rio de Janeiro, devendo-se proceder à reunião dos processos no juízo que despachou em primeiro lugar. (CC 53435/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 08/11/2006, DJ 29/06/2007, p. 481). Disponível em www.stj.jus.br, com acesso 10 de novembro de 2013.

¹⁶⁰ O precedente em questão versava sobre um conflito positivo de competência entre o juízo federal e o estadual, perante os quais tramitavam simultaneamente ações coletivas que versavam sobre direito do consumidor. O STJ entendeu que havia continência entre os pedidos formulados nas duas ações, razão pela qual determinou a reunião dos feitos no juízo federal a fim de evitar decisões contraditórias.

publicado no DJ de 01/12/2010; o CC 90.106/ES¹⁶¹, publicado no DJ de 10/03/2008; o CC 56.460/RS¹⁶², publicado no DJ de 19/03/2007, e o CC 22.628/RS¹⁶³, publicado no DJ de 12/05/2003. A partir destes precedentes, o STJ emitiu em 28/06/2012 o Enunciado nº 489 de sua súmula, com o seguinte teor: “Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça Estadual”.

Assim, em caso de continência entre demandas coletivas que tramitem perante o juízo federal e o estadual, deverá haver reunião de feitos perante o juízo federal.

6.3 Litispendência entre ação civil pública e ação popular

Segundo Eurico Ferraresi¹⁶⁴, a origem da ação popular está relacionada ao direito romano, mais particularmente às figuras da *actio de sepulchro violato* (D. 47.12.3), promovida por qualquer indivíduo contra o responsável pela violação de um sepulcro, e da *actio de effusis et deiectis* (D. 9.3.1), por meio da qual o cidadão poderia processar o habitante de uma casa que tivesse provocado dano ao lançar líquidos ou sólidos em lugares públicos. Naquela época, os bens públicos eram considerados objeto de domínio comum por parte de todos os cidadãos, de maneira que a ação popular era vista como uma forma de proteger o bem público, que também lhe pertencia. Como se pode observar, a preocupação com a coisa pública não é recente. Ao longo do decurso histórico a idéia de proteção aos interesses da coletividade amadureceu.

¹⁶¹ Tratava-se de um conflito positivo de competência entre o juízo federal e o estadual, perante os quais tramitavam simultaneamente ações coletivas cuja causa de pedir envolvia matéria ambiental (o acesso e a recuperação de uma praia). O STJ reconheceu a continência entre as demandas, determinando a competência do juízo federal para o processamento de ambos os feitos. Para o relator do conflito, Min. Teori Albino Zavascky, seria da natureza do federalismo a supremacia da União sobre os Estados-membros, supremacia que se manifesta inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer, como no caso destacado.

¹⁶² Neste conflito de competência, discutia-se qual seria o foro responsável por processar duas demandas coletivas que visavam a interdição permanente de empresas exploradoras de jogos de azar e que tramitavam perante o juízo federal e o juízo estadual. Novamente foi invocada a questão federativa para justificar a reunião dos processos perante o juízo federal.

¹⁶³ Neste Conflito de Competência, discutia-se a competência do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul e do Juízo de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre para processamento de duas ações civis públicas propostas com o objetivo de que fosse anulada a concessão do Pólo Rodoviário de Caxias do Sul à iniciativa privada, realizada por meio da Concorrência Pública n. 75/96, com a consequente interrupção da construção das praças de pedágios. O STJ decidiu que havia interesse da União em ambos os feitos, determinando a remessa dos autos ao juízo federal, competente para a apreciação das duas demandas.

¹⁶⁴ Eurico Ferraresi, *Ação Popular, Ação civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo*, p. 170.

Hodiernamente, a ação popular é considerada um mecanismo processual de defesa de direitos metaindividuais, conforme observou Teori Albino Zavascky¹⁶⁵. É da tradição legislativa brasileira a sua previsão, conforme se depreende do exame das constituições brasileiras de 1824¹⁶⁶, 1934¹⁶⁷, 1946¹⁶⁸, 1967¹⁶⁹ e 1988¹⁷⁰. No plano infraconstitucional, a ação popular foi regulada pela Lei nº 4.717/1965, que foi recepcionada pela CRFB. A evolução da disciplina legislativa da ação popular permite concluir que os direitos protegidos deixaram de ser exclusivamente relacionados ao patrimônio público material, para alcançar também o patrimônio histórico e cultural, bem como o meio ambiente e a moralidade administrativa¹⁷¹.

Passemos a identificar os elementos da ação popular, a fim de estabelecer em quais situações poderá haver litispendência entre a ação popular e outros processos coletivos.

No que diz respeito ao pólo ativo da relação processual, registramos que qualquer cidadão pode propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. O legitimado ativo para sua propositura é a pessoa física que esteja no gozo de sua capacidade eleitoral ativa. Não se admite a propositura de ação popular por pessoa jurídica, ainda que entidade de classe ou associação, conforme entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no Enunciado 365¹⁷². Na eventualidade de o cidadão-autor desistir do processo, ou este vir a ser extinto sem resolução de mérito, outro cidadão, ou mesmo o Ministério Público, poderá assumir o pólo ativo da relação processual, na qualidade de litisconsorte ativo

¹⁶⁵ Teori Albino Zavascky, *Processo coletivo*, p. 77.

¹⁶⁶ A Constituição do Império previa em seu art. 157 a figura da ação popular criminal, utilizada com a finalidade de prevenir os abusos de poder e a prevaricação de juízes e oficiais de justiça, desde que praticados no exercício do cargo, nos casos de suborno, peita, peculato e concussão. A legitimidade para a sua propositura era atribuída ao próprio queixoso ou a qualquer do povo.

¹⁶⁷ Art. 113 (...)

Inc. 38. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

¹⁶⁸ Art. 141 (...)

§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

¹⁶⁹ Art. 150 (...)

§ 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

¹⁷⁰ Art. 5º. (...)

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

¹⁷¹ Felipe Lopes Soares, *Litispendência entre ação civil pública e ação popular*, p. 147.

¹⁷² Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.

subsidiário ulterior, com base na previsão contida no art. 9º da Lei 4.717/65¹⁷³. Admite-se, ainda, que as pessoas jurídicas de direito público ou privado demandadas em juízo possam optar por figurar como assistentes do autor da ação popular, malgrado hajam sido citadas para integrar a lide (art. 6º, §3º, Lei 4.717/65. Fora dessas situações, não se permite a pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou mesmo ao Ministério Público, o ajuizamento de ação popular, restrita ao cidadão, conforme já mencionado.

José Carlos Barbosa Moreira¹⁷⁴ defende a ampliação da legitimação ativa na ação popular, por entender que o indivíduo isolado, para sustentar em juízo esse tipo de pleito, defronta-se com adversários de grande poder político e econômico. Daí a necessidade de repensar o instituto, possibilitando que entes com melhor estrutura também pudessem se valer dos importantes mecanismos previstos no procedimento da ação popular.

Existe uma discussão interessante no direito processual civil, que diz respeito a saber se o cidadão que propõe ação popular o faz na defesa de direito próprio ou de direito alheio. Aqueles que defendem que o cidadão age em nome próprio na defesa dos interesses de toda coletividade o consideram um substituto processual, corrente a qual nos filiamos. Há que se registrar, entretanto, a existência de segunda corrente, segundo a qual o autor de ação popular atua em nome próprio na defesa de seu próprio interesse, em típico caso de legitimação ordinária. É o caso de José Afonso da Silva, que considera a ação popular um instituto de democracia direta, manejado pelo cidadão em nome próprio, na defesa de interesse próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade¹⁷⁵. Por fim, a posição de Nelson e Rosa Nery¹⁷⁶, para quem o autor de ação processual possui legitimação autônoma para a condução do processo, independentemente do conteúdo do direito material discutido em juízo.

No que diz respeito ao polo passivo da relação processual, Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁷⁷ esclarece que a ação popular deverá ser proposta contra o responsável direto pela lesão e todos os que direta ou indiretamente tenham para ela concorrido por ação ou omissão, e ainda os terceiros beneficiários. Nesse largo conceito estão compreendidas as pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas, indicadas no artigo 1º da Lei nº 4.717/65; os agentes

¹⁷³ Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

¹⁷⁴ José Carlos Barbosa Moreira, *Ação civil pública*, p. 189.

¹⁷⁵ José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional*, p. 195.

¹⁷⁶ Nelson Nery Jr, *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, nota n. 4 ao art. 6º do CPC.

¹⁷⁷ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular*, p. 92.

públicos que de alguma maneira concorreram para o ato sindicado, ou seja, que houverem “autorizado, aprovado ou ratificado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão; c) os beneficiários do ato, direta ou indiretamente, agentes públicos ou não.

A causa de pedir remota de uma ação popular consiste no direito público subjetivo inerente a cada cidadão de exigir que a gestão da coisa pública seja proba, eficaz e responsável¹⁷⁸. A causa de pedir próxima, por sua vez, consiste na prática de um ato comissivo ou omissivo de agente público, que tenha ensejado lesão ao erário, ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, ou à moralidade administrativa. Por conseguinte, são irrelevantes a qualificação jurídica dada ao fato em que o autor apoia sua pretensão e a norma jurídica aplicável à espécie¹⁷⁹.

Há controvérsia jurisprudencial a respeito da admissibilidade de ação popular cuja causa de pedir seja composta por um ato exclusivamente imoral, mas que não se revista dos atributos da ilegalidade e da abusividade. No âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a questão não está pacificada, havendo julgados em que se concluiu pela desnecessidade da comprovação de lesividade aos cofres públicos (REsp. 474475/SP, REsp. 407075/MG, Resp. 185835/RJ e Resp 250593/SP) e outros na linha de que essa comprovação não é obrigatória para a procedência da demanda (RESP 986752; REsp. 1.127.483/SC). Posicionamo-nos no sentido de que a ilegalidade e abusividade¹⁸⁰ do ato impugnado em sede de ação popular devem sempre estar presentes, pois os valores éticos que regem o indivíduo não se confundem com aqueles que orientam o proceder da Administração Pública¹⁸¹, não cabendo ao Judiciário substituir os juízos da Administração pelos seus próprios juízos. Conforme argumenta Bobbio, enquanto o indivíduo se rege como homem de fé, profeta, pedagogo e sábio, o administrador age como o criador da cidade terrena, praticando atos que possam otimizar os feitos de sua gestão, pelos quais será futuramente avaliado. A diversidade de critérios de conduta impede que aspectos de gestão que ofendam exclusivamente o senso ético individual possam ser impugnados por meio de ação popular. Pensar em sentido contrário poderia comprometer a própria autonomia do gestor público, comprometendo os resultados de sua atuação, em prejuízo de toda a coletividade.

Discute-se, ainda, se seria possível introduzir na causa de pedir de uma ação popular determinados fatos que configurassem improbidade administrativa, com a consequente

¹⁷⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular*, p. 107.

¹⁷⁹ José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, p. 106.

¹⁸⁰ A abusividade do ato impugnado será presumida nas hipóteses previstas no art. 4º da LACP.

¹⁸¹ Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política*, p. 175.

aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/92. Luiz Manoel Gomes Júnior¹⁸² argumenta que seria possível veicular tal pretensão, por considerar que a improbidade nada mais é do que uma forma acentuada de imoralidade, que atinge os deveres de honestidade e eficiência administrativas. Além disso, a ação popular seria, para esse autor, a forma usual de impugnar atos que afrontem a moralidade administrativa.

Pensamos que a introdução na causa de pedir de ação popular de conceitos de improbidade não é recomendável, uma vez que o rito da ação de improbidade é distinto, com previsão de notificação para apresentação de defesa preliminar. Não fosse o bastante, os pedidos deduzidos em ação de improbidade são diversos daqueles formulados em ação popular. Por fim, como mencionado alhures, o legislador não atribuiu ao cidadão a legitimidade para a propositura de ação de improbidade administrativa, reservando-a exclusivamente ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada. Admitir a introdução de matéria relativa a improbidade em ação popular equivaleria, por via transversa, a assegurar ao cidadão a legitimidade para a propositura de ação de improbidade, algo com o que não concordamos. Esses fatores, ao nosso ver, são óbices à dedução de causa de pedir relativa a atos de improbidade administrativa no bojo de ação popular.

Esse posicionamento foi adotado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por ocasião do julgamento da AC 1998.37.00.002839-0/MA, relatada pelo Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes e publicado no DJ de 13/11/2006. Constatou-se da ementa daquele julgado que a possibilidade de litispendência entre ação de improbidade administrativa e ação popular é matéria de direito que prescinde de dilação probatória, e que os dispositivos constitucionais que embasam essas ações (art. 5º, LVXXIII e 37, §4º, da Constituição Federal de 1988) evidenciam as suas distintas realidades jurídicas¹⁸³, afastando a possibilidade de configuração de litispendência.

No particular do pedido em sede de ação popular, este possui natureza constitutiva negativa, pois visa a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. É possível também a formulação do pedido condenatório subsidiário, pois na eventualidade de o pedido principal ser acolhido, a sentença condenará os responsáveis pela prática do ato lesivo, e dos que por ele forem beneficiados, ao pagamento de perdas e danos, nos termos do art. 11 da Lei nº 4.717/1965. Assim sendo, o pedido em ação popular possui caráter constitutivo negativo e condenatório, para o segmento majoritário da doutrina. Entretanto, há

¹⁸² Luiz Manoel Gomes Júnior, *Ação popular, aspectos polêmicos*, p. 104.

¹⁸³ Disponível em <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=28040219984013700>, com acesso em 09/09/2013.

respeitáveis vozes em sentido contrário, no sentido de que deveriam ser admitidos em sede de ação popular todos os tipos de pedido, vale dizer, tutelas inibitórias, declaratórias, mandamentais ou executivas *lato sensu*¹⁸⁴.

Sabendo que a ação popular possui causa de pedir relacionada ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural¹⁸⁵, existe a possibilidade de se configurar a litispendência de uma ação popular com uma ação civil pública, que também pode versar sobre direitos difusos e coletivos dessa natureza. No entanto, para que isso ocorra, é necessário que haja também identidade entre os pedidos deduzidos e a parte contra quem se deduziu a pretensão em cada uma das demandas. Por óbvio, não se exige a identidade de Autores, pois estes atuam na defesa do interesse de terceiros, sendo admissível que o ente que instrumentalize as pretensões seja diferente do titular da pretensão em si e, eventualmente, que tal ente varie de uma ação para outra¹⁸⁶.

A ação civil pública, por sua vez, admite todos os tipos de pedido, inclusive os constitutivos negativos e os condenatórios¹⁸⁷, do que se conclui que existe a possibilidade de seus pedidos coincidirem com os de demandas que contam com ritos processuais distintos, como é o da ação popular. Entretanto, somente restará configurada a litispendência entre ação popular e ação civil pública se ambas as demandas houverem sido propostas contra os mesmos legitimados passivos que, na ação popular e na ação civil pública, são os responsáveis pela prática do ato lesivo, bem como os seus beneficiários diretos. Constatada a identidade de elementos objetivos (pedido e causa de pedir) e do polo passivo da relação processual, será possível a configuração da litispendência, na medida em que os legitimados ativos são substitutos processuais da coletividade.

Há na jurisprudência dos tribunais regionais federais alguns exemplos do reconhecimento da litispendência entre ação popular e outros processos de caráter transindividual.

O primeiro deles ocorreu por ocasião do julgamento da REO 25.713 pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹⁸⁸. Nesse processo, foi constatada a litispendência entre uma

¹⁸⁴ Eurico Ferraresi, *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*, p. 183.

¹⁸⁵ José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional: doutrina e processo*, p. 100.

¹⁸⁶ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 130.

¹⁸⁷ Com efeito, o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à ação civil pública por integrar o microsistema jurídico do processo coletivo brasileiro, estabelece que para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

¹⁸⁸ **AÇÃO POPULAR E AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISPENDÊNCIA.**

- Verifica-se a litispendência entre a presente ação popular e ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, já julgada em primeira instância.

ação popular proposta por uma cidadã, objetivando a declaração de nulidade de licitação para a venda de ações da empresa Centrais Geradoras do Sul do Brasil, e uma ação civil pública anterior, que possuía o mesmo objeto. Na oportunidade, ficou registrado na ementa do julgado que embora não houvesse identidade de partes nominalmente, esta identidade na verdade existia, porquanto em ambas as ações constitucionais (ação popular e ação civil pública) ocorria a substituição processual. Nas duas situações os autores estavam agindo em nome próprio, mas na defesa de direito de todos os cidadãos.

O segundo precedente foi do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, quando do julgamento da AC 411914¹⁸⁹, que também versava sobre configuração de litispendência entre ação popular e ação civil pública. Constou da ementa desse julgado que para se auferir a identidade subjetiva especificamente de ações transindividuais, concernente a litispendência, deve-se focar, no polo ativo da demanda, não o titular do direito processual, que tem atuação autônoma e exclusiva, mas sim o titular do direito material, ou seja, a coletividade *lato sensu*.

O terceiro exemplo foi colhido da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Foi reconhecida a litispendência entre duas ações populares propostas por cidadãos distintos, com base na mesma causa de pedir e com mesmo pedido. Reconheceu-se a identidade entre os principais elementos das ações populares em curso, bem como a condição de substitutos processuais dos autores das duas demandas, a ensejar o reconhecimento da litispendência e a conseqüente extinção do processo mais moderno¹⁹⁰.

Aqui valem também as considerações feitas alhures, no sentido de que a reunião de ações que versem sobre direitos metaindividuais pode se revelar mais conveniente do que a extinção do processo mais moderno. Entretanto, existe uma grande possibilidade de que o juiz que processa o feito simplesmente não tome conhecimento da existência das demais demandas, em função das peculiaridades do sistema judiciário nacional, bipartido em federal e estadual, com robusta capilarização no território nacional. Não fosse o bastante, os vários direitos metaindividuais não raro representam matéria de competência legislativa concorrente

- Embora não haja identidade de partes nominalmente, esta identidade na verdade existe, porquanto em ambas as ações constitucionais ação popular e ação civil pública - ocorre a substituição processual. Nas duas situações os autores estão agindo em nome próprio, mas na defesa de direito de todos os cidadãos. Disponível em www.trf4.jus.br.

¹⁸⁹ PROCESSUAL CIVIL. ANTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO POPULAR. POSTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA. I. Para se auferir a identidade subjetiva especificamente de ações transindividuais, concernente a litispendência, deve-se focar, no pólo ativo da demanda, não o titular do direito processual, ou seja, o Autor, que tem atuação autônoma e exclusiva, mas sim o titular do direito material e, mais precisamente, do direito ou interesse coletivo *lato sensu*, ou seja, a Coletividade *Lato Sensu*. Disponível em www.trf2.jus.br, acessado em 11 de agosto de 2013.

¹⁹⁰ REO 0032613-30.1999.4.01.3400 / DF, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, Terceira Turma, DJ p.21 de 07/07/2006, disponível em <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=326133019994013400>, com acesso em 09/09/2013.

ou comum entre os entes federados. Em casos tais, sempre haverá a possibilidade de os feitos tramitarem simultaneamente, sem que os juízos tenham ciência da tramitação simultânea e, conseqüentemente, possam adotar providências processuais a esse respeito.

Dá ser aplicável à ação civil pública o regramento contido no art. 301, V, do CPC, no sentido de que a arguição de litispendência constitui matéria de defesa, a ser alegada pelo réu no bojo da contestação. Sendo a litispendência também uma matéria de ordem pública, o réu poderá alegá-la em momento posterior, em qualquer tempo e grau de jurisdição, assim que dela tomar conhecimento.

Na mesma linha desse dispositivo processual, a previsão normativa contida no art. 31 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamérica, que estabelece que cabe ao réu informar ao autor sobre a existência da outra ação coletiva envolvendo a mesma situação fática. Se não o fizer, suportará o fato de o autor individual se beneficiar da coisa julgada coletiva mesmo tendo tido sua ação rejeitada.

6.4 Litispendência entre mandado de segurança coletivo, ações individuais e ação civil pública

O mandado de segurança coletivo possui previsão normativa no art. 5º, LXX, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída ou em funcionamento há pelo menos um ano¹⁹¹, em defesa dos interesses de seus membros e associados.

Em nível infraconstitucional, o mandado de segurança coletivo é regulado pela Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Além de reproduzir as disposições contidas no dispositivo constitucional supramencionado, os artigos 21 e 22 desse diploma legal também estabelecem que podem ser objeto de tutela por meio do mandado de segurança coletivo os direitos: a) coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; b) individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

¹⁹¹ Celso Antonio Pacheco Fiorillo defende que no caso do mandado de segurança coletivo não é possível a dispensa judicial do requisito de constituição há pelo menos um ano, em função de essa exigência para o writ coletivo possuir sede constitucional. Cf. Princípios do direito processual ambiental, p. 190.

Os direitos difusos não podem ser objeto de tutela por meio do mandado de segurança coletivo, uma vez que a indeterminabilidade dos sujeitos que o titularizam inviabilizaria o aproveitamento dos efeitos que fossem obtidos com a concessão do writ. Isso porque o art. 22 da Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009 estabelece que a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. Não haveria como aproveitar os efeitos dessa sentença a uma coletividade formada por membros indeterminados.

No que diz respeito à caracterização da litispendência, o § 1º do art. 22 da Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009 esclarece que o mandado de segurança coletivo não induz a litispendência para as ações individuais. Entretanto, os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se este 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.

No particular, o regramento diverge daquele estabelecido para a ação civil pública, pois nesta o demandante individual tem a faculdade de requerer a suspensão do feito individual, se quiser ser beneficiado pela eficácia da ação civil pública, nos termos do art. 104 do CDC. No âmbito do mandado de segurança coletivo, entretanto, o impetrante precisa desistir de seu writ para ser beneficiado pelo mandado de segurança coletivo.

Ao nosso ver, tal disposição é ofensiva ao princípio constitucional do acesso à Justiça, corporificado no art. 5º, XXXV, da CRFB, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Além disso, existe o risco de, com a desistência, o impetrante perder o prazo decadencial de 120 dias para impetração do writ, o que na prática prejudicará o seu direito constitucional ao manejo dessa importante garantia constitucional, remetendo-o de forma injusta para as vias ordinárias.

Há precedentes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da litispendência entre mandado de segurança individual e ação individual, a exemplo do RESP 866.841-RJ, relatado pela Ministra Eliana Calmon e publicado no DJ de 07/11/2008. Na ementa desse julgado ficaram registradas expressamente as premissas de que a litispendência não pode ser afastada em função da circunstância de que as ações estão sujeitas a ritos diversos; a premissa de que não afasta a litispendência o fato de o réu, no Writ, ser autoridade coatora do ato impugnado e, na ação ordinária, figurar no pólo passivo a pessoa jurídica a qual pertence o agente público impetrado; a premissa de que a *ratio essendi* da litispendência é que a parte não promova duas demandas visando o mesmo resultado. *Mutatis mutandis*, a configuração de litispendência pressupõe a existência de duas demandas coletivas, ainda que

sujeitas a rito diverso, mas que contem com os elementos da ação coincidentes na forma exposta.

Pedro Roberto Decomain¹⁹² identificou interessante caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em que se discutia a existência de conexão entre mandado de segurança coletivo e diversas ações individuais. Trata-se do CC 5.287-4-RJ, relatado pelo Ministro Gomes de Barros, tendo proferido voto vencedor o Ministro Milton Luiz Pereira. Nesse julgado, o ponto controverso da lide era o foro competente para o trâmite de mandado de segurança coletivo e de ações ordinária, consignatória e cautelar, propostas perante juízos diversos, com o intuito de discutir o valor do reajuste de mensalidades escolares. A possibilidade de conexão entre os feitos foi afastada em razão da incompatibilidade de ritos, da diversidade de foros competentes (o mandado de segurança tem a competência definida pelo foro da indigitada autoridade coatora) e pela circunstância de o mandado de segurança já haver sido julgado quando da suscitação do conflito.

Em outro julgado, foi reconhecida a possibilidade de configuração de continência entre dois mandados de segurança coletivos propostos por entidade de classe diversas, mas representando a mesma categoria ou grupo. Na eventualidade de o pedido deduzido em uma das demandas ser mais abrangente que o formulado na segunda, forçoso será o reconhecimento da continência (também denominada de litispendência parcial), com a consequente reunião dos processos. No primeiro precedente (ROMS nº 24.196-ES), houve a impetração de mandados de segurança por duas entidades representativas da mesma categoria profissional, com mesma causa de pedir e identidade parcial de pedidos. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a continência entre os feitos e determinou a extinção parcial do segundo mandado de segurança em virtude da impossibilidade de reunião dos feitos, pois um deles já havia sido julgado, incidindo o óbice da Súmula 235/STJ. Por fim, a Corte determinou o retorno dos autos ao juízo de origem para que prosseguisse no julgamento do writ na parte da demanda não atingida pela extinção do processo. No segundo precedente (RESP 953-034-PR), em que havia situação fática bastante semelhante, também foi reconhecida a continência e a impossibilidade de reunião de processos. Considerou-se prejudicado o pedido que já havia sido acolhido no primeiro mandado de segurança e determinou-se o retorno dos autos ao juízo de origem para que prosseguisse o julgamento do pedido remanescente.

Na eventualidade de haver concomitância entre mandado de segurança coletivo e ação civil pública, a litispendência pode ser configurada, desde que coincidentes os elementos da ação em cada um destes processos. Com efeito, os titulares dos direitos discutidos em juízo (e

¹⁹²Pedro Roberto Decomain, Mandado de segurança – o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09, p. 72.

potenciais beneficiários da impetração) podem ser os mesmos, tanto na ação civil pública quanto no mandado de segurança coletivo, sendo irrelevante a circunstância de o legitimado ser diverso em cada uma das demandas. Assim, é necessário que coincidam a parte ré, o pedido e também a causa de pedir, com a ressalva já feita anteriormente no sentido de que a causa de pedir necessariamente deverá versar sobre interesses coletivos ou individuais homogêneos. Conclui-se, por conseguinte, que o rito adotado por si só não afasta a possibilidade de configuração de litispendência entre o mandado de segurança coletivo e processos de mesma natureza.

Há um interessante precedente a respeito da litispendência entre mandado de segurança coletivo e ação civil pública no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do mandado de segurança coletivo tombado sob nº 11.371 – DF, relatado pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa e publicado no DJ de 01/06/2006, que objetivava a implementação em folha de pagamento da Gratificação Específica de Atividade Docente (GEAD).

Nesse writ, a União havia arguido preliminar de litispendência desse mandado de segurança coletivo com uma ação civil pública proposta anteriormente pelo mesmo sindicato. Ao refutar essa preliminar, o Relator considerou que a ação civil pública proposta pelo sindicato possuía um objeto mais abrangente, qual seja, o reconhecimento do direito à percepção da GID, gratificação que antecedeu a GEAD, prevista na Lei nº 10.187/01; b) o reconhecimento do direito à GEAD; c) a incorporação, nos vencimentos, do pagamento da GEAD e d) pagamento retroativo, das verbas devidas desde a instituição da GID, gratificação que antecedeu a GEAD, Lei nº 10.187/01.

O Relator observou que inexistia identidade quanto ao pedido formulado nas duas demandas. O que ocorria era que o pedido proposto no mandado de segurança coletivo estava contido entre aqueles formulados na ação ordinária. Essa relação de continência (ou litispendência parcial) entre o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública não configurava litispendência entre os processos. Sua consequência natural seria a reunião dos feitos, que restou inviabilizada em função da competência absoluta do foro para o processamento do mandado de segurança, que decorria de norma constitucional. Assim, os feitos continuaram a tramitar separadamente, sem que fosse reconhecida a litispendência entre o mandado de segurança coletivo e a ação coletiva exclusivamente em função da diversidade de pedidos.

6.5 Litispendência entre ação civil pública e ação individual

Os artigos 103, §3º¹⁹³ e 104 do Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁴, estabelecem regramento para os casos em que houver trâmite simultâneo de ação civil pública e de ação individual. Segundo estes dispositivos, a ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, cujos litigantes possuem absoluta liberdade para demandar em juízo e conduzirem seu processo até o seu desfecho¹⁹⁵. Além disso, de acordo com a literalidade da norma, o efeito da coisa julgada de processo coletivo que verse sobre direitos difusos e coletivos somente os beneficiará acaso os litigantes requeiram a suspensão do processo individual, no prazo de trinta dias, contados da data da inequívoca ciência da existência da demanda coletiva.

Existe controvérsia doutrinária a respeito da melhor interpretação a ser dada ao art. 104 do CDC, uma vez que este dispositivo legal, ao regular os efeitos da coisa julgada em processos coletivos, fez remissão a apenas dois dos três incisos do art. 81 do CDC, referentes aos direitos coletivos e individuais homogêneos. Parte da doutrina entende que houve omissão no que diz respeito aos direitos difusos¹⁹⁶; outra parte acredita que a redação seria completamente equivocada, sendo que há os que defendem a remissão apenas aos direitos individuais homogêneos¹⁹⁷ e aqueles que defendem a remissão aos direitos difusos e coletivos¹⁹⁸.

Entendemos que a melhor interpretação do art. 104 do CDC é a de que a remissão ali contida se refere aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais podem possuir uma origem comum, ensejando a propositura de demandas individuais e coletivas.

Como se pode observar, os dispositivos legais destacados demonstram inequivocamente que a ação civil pública, embora concebida como modelo de racionalização de um sistema judicial marcado pela intensa litigiosidade, não prejudica o exercício do direito de ação do particular. Ao representado se assegura a propositura da demanda, mesmo que já esteja em

¹⁹³ Art. 103 (...)

§ 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.

¹⁹⁴ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

¹⁹⁵ Antônio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 187.

¹⁹⁶ Antônio Gidi, *op. cit.*, p. 192.

¹⁹⁷ Vicente Greco Filho, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, p. 366.

¹⁹⁸ Nelson Nery Júnior, *Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor*, p. 219.

trâmite ação civil pública com pedido e causa de pedir similares¹⁹⁹. E agiu com acerto o legislador ao afastar a litispendência.

Embora num primeiro momento possa parecer que as duas demandas (individual e coletiva) sejam idênticas, o que existe é uma mera imbricação²⁰⁰ de pedidos e de interessados, mas não exatamente uma identidade, o que tornaria redundante a disposição contida no art. 104 do CDC.

Antônio Gidi também argumenta nesse sentido, enfatizando que os autores das ações civis públicas são diferentes dos autores das ações individuais, e que a causa de pedir das ações civis públicas também é diversa daquela que caracteriza as ações individuais. Com efeito, a primeira abrange um direito superindividual indivisivelmente considerado, ao passo em que a segunda trata de um direito individual e divisível. Além disso, os objetos também diferem, pois na demanda coletiva é deduzido um pedido de tutela de um direito superindividual, indivisivelmente considerado, de que é titular uma comunidade ou uma coletividade de pessoas. O pedido na ação individual, por sua vez, visa à tutela de um direito individual e divisível, cujo titular é o próprio autor²⁰¹, e que não se confunde com o objeto da ação coletiva.

Na mesma linha de pensamento a lição de Hugo Nigro Mazzilli²⁰², para quem não existe litispendência, pois de um lado há uma ação individual para reparação de danos diferenciados, e, de outro, uma ação coletiva que versa sobre interesses indivisíveis. Para esse autor, mesmo se a ação civil pública versar sobre direitos individuais homogêneos, não haverá litispendência, mas tão somente conexão ou, eventualmente, continência.

E sendo as demandas distintas, pode-se afirmar que o sistema jurídico tem condições de tolerar a possibilidade de resultados díspares entre a ação coletiva e a individual, como bem observa Teresa Arruda Alvim Wambier²⁰³. Ainda que haja aparente contradição lógica entre o julgado individual e o coletivo, privilegia-se a possibilidade de edição de julgados que guardem uma compatibilidade prática, no sentido de que a mesma pessoa não precisará estar simultaneamente sujeita a dois comandos jurisdicionais em sentido contrário, o que representaria descrédito para o Poder Judiciário.

¹⁹⁹ O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n. 264.423-RS, relatado pelo Min. Franciulli Netto e publicado em 15/09/2000, posicionou-se no sentido de que “o ajuizamento de ação civil pública sobre o mesmo objeto não induz litispendência porque não pode impedir o direito individual subjetivo de ação assegurado na carta magna”.

²⁰⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 512

²⁰¹ Antônio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 188-189.

²⁰² Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 243.

²⁰³ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Litispendência em ações coletivas. Tutela coletiva*. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006, p. 268.

Afastada a possibilidade de extinção do processo individual por litispendência com ação civil pública, surge a indagação a respeito de qual seria a providência que o particular deveria adotar para poder se beneficiar de um eventual julgado favorável proferido em sede de ação individual que tramitasse simultaneamente com ACP.

De plano, descarta-se a necessidade de formulação de um requerimento nos autos da ACP, manifestando interesse em ser excluído dos efeitos que eventualmente se produzissem em seu contexto. Esse dever de comunicação não existe no Brasil, pois vige em nosso direito positivo regra diferenciada de *opt out*²⁰⁴, vale dizer, de externar o poder jurídico de o indivíduo, por expressa manifestação de vontade, renunciar à jurisdição coletiva²⁰⁵. Logo, o litigante individual não está obrigado a se manifestar no bojo da ACP, a respeito do seu desinteresse em se submeter aos efeitos nela produzidos, e ainda que o faça, sua postura processual não será dotada de eficácia jurídica. Diga-se de passagem que, num contexto como o brasileiro, em que a coisa julgada coletiva sempre beneficia o representado e nunca o prejudica, a manifestação individual no âmbito do processo coletivo é absolutamente despicienda, por não trazer nenhuma consequência prática e ainda provocar tumulto processual.

Para o juiz que processa a ACP, entretanto, permanece o dever de publicar edital em órgão oficial, a fim de que os interessados, tendo ou não ação individual em andamento, possam, caso queiram, intervir no processo, sendo que essa interveniência deve ser analisada com rigor para não inviabilizar o curso da ação (arts. 46, parágrafo único, e 104 do CDC).

Incumbirá ao particular, ciente da existência da demanda coletiva, abster-se do ajuizamento de sua ação, se ainda não proposta, ou requerer a suspensão do feito individual já em curso, no prazo de trinta dias contados da ciência do trâmite da ação coletiva (sendo que constitui ônus do réu trazer aos autos da ação individual a informação do trâmite dessa ação civil pública²⁰⁶). Na eventualidade de o demandante individual não adotar nenhuma destas providências, o mesmo terá de se sujeitar aos efeitos do julgamento de sua demanda individual. Em caso de improcedência, não poderá invocar o julgado coletivo em seu favor.

²⁰⁴ O Projeto 5.139/09, do Poder Executivo, que tramitou no Congresso Nacional, dispunha em seu art. 13 que o juiz, ao despachar a inicial, deveria determinar, dentre outras providências, a comunicação dos interessados, para que pudessem exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo. O projeto em questão foi arquivado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, na data de 17/03/2010.

²⁰⁵ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., *Relações entre o processo coletivo e o processo individual*, p. 296.

²⁰⁶ O Projeto de Lei do Senado nº 282, de 2012, modifica parcialmente essa sistemática, instituindo o Cadastro Nacional de Processos Coletivos. Acaso tal projeto venha a ser aprovado, o autor da ação civil pública terá o ônus processual de instruir a petição inicial com comprovante de consulta a esse cadastro. Quando o autor for associação, a responsabilidade pela consulta será do próprio Juiz.

É necessário enfatizar que a extensão dos efeitos da coisa julgada coletiva *in utilibus*, ou seja, para beneficiar o particular, não ocorrerá, se não for requerida a suspensão do feito individual, no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 104 do CDC). Não há necessidade de requerimento do particular no bojo dos autos da ACP, pugnando pela submissão aos seus efeitos (*opt in*), mas tão somente o pedido de suspensão no processo individual.

Antônio Gidi observa que o pedido de suspensão do processo individual pode ser feito até a sentença. Após a sentença, só é possível o pedido de suspensão se houver interposição de recurso, o qual impedirá o trânsito em julgado da decisão. Uma vez deferido o pedido, haverá a possibilidade de exercício do arrependimento e de novo pedido de retomada do feito individual, desde que tal intenção seja comunicada nas duas demandas e seja calcada na boa-fé processual²⁰⁷.

Cumprir registrar que o §1º do art. 12 da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009²⁰⁸, introduziu disciplina normativa específica para o mandado de segurança coletivo que tramite simultaneamente com ações individuais que tenham o mesmo objeto e causa de pedir. O dispositivo legal transcrito reproduz a diretriz do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que a ação coletiva não provoca a litispendência com a demanda individual e condiciona a eficácia da coisa julgada ao requerimento de desistência (e não de suspensão, como no CDC) do feito individual. Há na doutrina vozes que se insurgem contra essa obrigatoriedade da desistência do litigante individual, mas é de se reconhecer o avanço da norma no sentido de buscar assegurar uma maior racionalidade no enfrentamento das demandas judiciais.

No âmbito do direito comparado, existe regra processual específica a respeito do tema. Trata-se da *Rule 23 (c), 2, (B)* das Federal Rules of Civil Procedure (EUA)²⁰⁹, segundo a qual a Corte deve dar ampla divulgação da causa aos membros da classe, informando a estes detalhes da demanda, tais como a sua natureza, a classe interessada, as respectivas

²⁰⁷ Antônio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 199.

²⁰⁸ 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 da impetração da segurança coletiva.

²⁰⁹ Segundo esse dispositivo processual, “*the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3)*”.

reivindicações, bem como a possibilidade de o interessado requerer a sua exclusão desse feito, e o tempo e forma como esse pedido deve ser protocolado.

Em que pese a circunstância de o tema ser deveras controverso, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp. n. 1.110.549-RS²¹⁰, relatado pelo Min. Sidney Beneti, decidiu que ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva, sendo uma faculdade do Relator determinar essa suspensão de ofício. Esse julgado homenageou o princípio da racionalização das decisões judiciais e se respaldou na tese de que o julgamento de um recurso especial repetitivo tem natureza de precedente judicial vinculante, nos termos do art. 543-C, §7º, do CPC. A possibilidade de suspensão dos feitos em função de julgado uniformizador já era prevista no direito brasileiro no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade concentrado (art. 21 da Lei nº 9.868/99) e difuso (art. 543-B, §1º, CPC), razão pela qual a iniciativa do STJ não provocou maior celeuma.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.²¹¹ argumentam que de nada adiantaria não autorizar a suspensão *ex officio*, quando os recursos especiais provenientes destas causas repetitiva poderiam ter o seu curso sobrestado, *ex officio*, por decisão do ministro do STJ. Com esse posicionamento, acreditou-se ter isso evitado longo e custoso caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos judiciários e as próprias partes devem ser poupadas, em homenagem ao princípio da economia processual.

6.6 Litispendência entre ação civil pública e ação de improbidade administrativa

A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo direito administrativo. Ela reflete uma noção jurídica que abrange específica forma de ética institucional de influência francesa do início do século XX²¹². Segundo essa influência, o atuar do gestor

²¹⁰ Cf. RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e §1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial Improvido. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1110549&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acessado em 11 de agosto de 2013.

²¹¹ Fred Didier Júnior e Hermes Zaneti Jr, *Relações entre o processo coletivo e o processo individual*, In *Tutela Jurisdicional Coletiva*, p. 301.

²¹² Fábio Medina Osório, *Teoria da improbidade administrativa*, p. 85.

público probo deve ser marcado pela honestidade, transparência e eficiência, ensejando à coletividade um direito difuso a uma administração ética e eficiente.

A Constituição Federal de 1988 disciplinou a improbidade administrativa em seu art. 37, §4º, quando dispôs que os atos de improbidade administrativa importariam a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A lei em questão foi publicada no ano de 1992. Trata-se da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispôs sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. O diploma em questão possui um caráter híbrido, por tratar de conceitos de direito material e de direito processual.

A redação originária desse diploma legal tratou de estabelecer regras processuais que orientariam o processamento dos atos de improbidade, sendo elas bastante genéricas, conforme observa Rosaura Moreira Brito Bastos²¹³.

Inicialmente o procedimento era regulado pelos arts. 16, 17 e 18 dessa lei, os quais em síntese autorizavam o Ministério Público ou a Procuradoria do órgão responsável a requerer ao juízo competente a decretação do sequestro e bloqueio de bens do agente ímprobo ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público. A ação principal deveria observar o rito ordinário e ser proposta no prazo de trinta dias contados da efetivação da medida cautelar. Não seriam admitidas a transação, acordo ou conciliação, em decorrência do caráter indisponível dos direitos metaindividuais envolvidos na lide. Quando a ação fosse proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada poderia requerer sua admissão no polo ativo da relação processual, na qualidade de assistente. Em caso de a ação ser proposta pela pessoa jurídica de direito público, o Ministério Público obrigatoriamente deveria atuar na qualidade de *custos legis*.

Com a edição das Medidas Provisórias nº 2.180-34 e 2.225-45, que acresceram oito parágrafos ao art. 12 daquele diploma legal, houve a instituição de um procedimento próprio para as ações de improbidade administrativa²¹⁴.

²¹³ Rosaura Moreira Brito Bastos, *Improbidade administrativa*, p. 148.

²¹⁴ O Projeto de Lei nº 105/2013, de autoria do Senador Ivo Cassol, pretende introduzir modificações no procedimento de improbidade administrativa, alterando dispositivos da Lei nº 8.429/92. Uma dessas modificações é a exigência de que a petição inicial demonstre o prejuízo ao erário, o elemento subjetivo e todas as circunstâncias necessárias para a caracterização do ato de improbidade administrativa. A vestibular deverá ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da sua existência ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente.

A partir dessas medidas provisórias, reconheceu-se a possibilidade de prevenção para as causas com mesma causa de pedir ou mesmo pedido; determinou-se o acervo probatório que deveria ser juntado para a comprovação do ato de improbidade; instituiu-se a figura da notificação preliminar para oferecimento de manifestação por escrito, em momento anterior ao do exame de admissibilidade da inicial; facultou-se ao juiz, por meio de decisão fundamentada (impugnável por agravo de instrumento), o recebimento ou a rejeição da ação de improbidade, quando o juiz concluísse pela inexistência de improbidade, pela improcedência da demanda ou pela inadequação da via processual adotada; adotou-se o rito ordinário a partir do oferecimento de defesa pelo demandado na ação de improbidade.

A instituição desse rito próprio provocou intenso debate entre os processualistas, que não entravam em consenso a respeito da natureza jurídica da ação de improbidade, vale dizer, se ela seria uma espécie do gênero ação civil pública, ou uma nova espécie de ação para tutela de direitos metaindividuais dotada de rito próprio. A discussão é relevante para os fins do tópico, uma vez que reconhecer a diversidade entre as demandas implica em refutar a possibilidade de litispendência entre elas.

Conforme argumenta José dos Santos Carvalho Filho²¹⁵, essa confusão foi incrementada pela circunstância de que muitos membros do Ministério Público ajuizaram ações contra agente públicos ímprobos, intitulado a peça vestibular de ação civil pública de improbidade administrativa. No entender desse autor, a denominação atribuída seria imprópria, por desconsiderar as nuances que marcam a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa, em especial as referentes às partes (*personae*), ao pedido (*petitum*) e à causa de pedir (*causa petendi*) de cada uma dessas ações. Atualmente, a doutrina desvincula a ação civil pública como instrumento processual de titularidade exclusiva do Ministério Público, pois reconhece as associações e outros ramos políticos do Estado como legitimados ao seu ajuizamento. Ação civil pública, a partir de então, é considerada como sinônimo de ação coletiva.

José dos Santos Carvalho Filho publicou artigo científico²¹⁶ no bojo do qual estabeleceu as principais diferenças entre a ação civil pública e ação de improbidade administrativa, enfatizando a circunstância de elas se tratarem de figuras processuais distintas. O doutrinador identificou na ação de improbidade administrativa diversas peculiaridades, como por exemplo: a) a circunstância de a legitimidade ativa ser restrita ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada; b) a causa de pedir remota ser relacionada aos fatos que consubstanciem atos de

²¹⁵ José dos Santos Carvalho Filho, *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, p. 105.

²¹⁶ José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa: unidade ou dualidade*, in *A ação civil pública após 25 anos* / Coord. Edis Milaré, p. 483.

improbidade definidos em lei, a exemplo daqueles que produzem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação aos princípios da administração; c) a causa de pedir próxima consistir nos fundamentos jurídicos em que se subsumem as condutas de improbidade (arts. 9 a 11 da Lei 8.429/92; d) o pedido imediato de natureza condenatória, de imposição de pena ao agente público ímprobo, com a suspensão dos direitos políticos, com a perda da função pública, com a indisponibilidade de bens e com o ressarcimento ao erário. O mesmo autor considerou como pontos de semelhança entre a ação civil pública e a ação coletiva: a) o bem jurídico por elas tutelado, na medida em que a lei da ação civil pública visa resguardar direitos transindividuais coletivos e difusos (cf. art. 1º, IV, da Lei 7.347/85) e a Lei 8.429/92 pretende combater a improbidade na Administração Pública, um valor ético associado ao princípio da moralidade administrativa, cuja proteção interessa a toda sociedade, constituindo-se por conseguinte em autêntico interesse metaindividual; b) a *legitimatío ad causam* conferida ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública e de ação de improbidade administrativa.

Registre-se que há na doutrina quem adote posicionamento em sentido diametralmente oposto, a exemplo de Pedro Roberto Decomain²¹⁷, para quem a ação de improbidade administrativa é modalidade de ação civil pública. O autor argumenta que o art. 129, III, da própria Constituição Federal conferiu ao Ministério Público legitimidade para propositura de ação civil pública, destinada a preservar, dentre outros valores sociais relevantes, o patrimônio público, uma modalidade de direito difuso que poderia ser tutelada por ação civil pública, mesmo nos casos em que configurada situação de improbidade administrativa.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves²¹⁸ também advogam a possibilidade de manejo da ação civil pública para casos de improbidade administrativa. Para estes autores, a incidência das regras processuais contidas na Lei nº 7.347/85 depende do reconhecimento da existência de um direito difuso ou coletivo, a legitimar a sua aplicação. Se esse interesse transindividual envolver substrato fático referente à improbidade administrativa e à possibilidade de lesão ao patrimônio público, será possível o uso da ação civil pública, restando necessária apenas a adaptação de determinada regra: que a indenização pelo dano causado ao erário reverta ao ente lesionado (União, Estado ou Município) e não seja revertida ao Fundo de Defesa dos Interesses Difusos. Para os autores, essa adaptação se justifica, em razão de ser possível identificar quem suportou, concretamente os efeitos patrimoniais do ato de improbidade administrativa praticado (a pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito), não

²¹⁷ Pedro Roberto Decomain, *Improbidade administrativa*, p. 228.

²¹⁸ Emerson Garcia; Rogério Pacheco Alves, *Improbidade administrativa*, p. 741.

fazendo nenhum sentido, assim, que a indenização fixada reverta ao fundo de interesses difusos, criado em razão da natural dificuldade de determinação do sujeito passivo do ilícito na seara dos interesses difusos.

Nesse sentido, o posicionamento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, que na oportunidade do julgamento do RESP 1.347.947²¹⁹, reafirmou sua jurisprudência no sentido de admitir a cumulação de pedidos de reparação de danos por improbidade administrativa com os pedidos próprios da ação civil pública.

Nosso posicionamento é o de que os elementos da ação civil pública e da ação de improbidade divergem significativamente, a ponto de não ser possível a configuração de litispendência entre essas demandas. E novamente argumentaremos com base na identificação dos elementos da ação para justificar essas conclusões.

No que diz respeito ao autor das ações em comento, a ação civil pública pode ser proposta por pessoa jurídica de direito público ou de direito privado (associação ou sindicato), pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, e também por órgãos desprovidos de personalidade jurídica, a exemplo do PROCON. A ação de improbidade administrativa, por sua vez, pode ser proposta pelo Ministério Público e pela pessoa jurídica interessada, não havendo que se falar em sua propositura por parte de outros entes cuja legitimidade não tenha sido prevista em lei, a exemplo das associações²²⁰, da Defensoria Pública²²¹ e da OAB²²² ou do particular, em que pese a oscilação da jurisprudência indicada nas notas remissivas deste parágrafo.

No particular do réu em ação civil pública e em ação de improbidade administrativa, a distinção se faz pela circunstância de que na ação civil pública, o demandado usual será uma pessoa jurídica de direito público ou privado, enquanto que na ação de improbidade

²¹⁹Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201202108600&dt_publicacao=28/08/2013, acesso em 10/09/2013.

²²⁰ O Tribunal de Justiça do Maranhão reconheceu a legitimidade de uma associação civil para a propositura de ação de improbidade administrativa, por ocasião do julgamento da AC 191742001, publicada no DJ de 28/11/2011 e disponível no site <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4797011/apelacao-civel-ac-191742001-ma>, com acesso em 10/09/2013.

²²¹ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação de improbidade administrativa contra gestores de unidade da APAE do município de Bagé. O julgamento em questão ocorreu no bojo dos autos 70034602201, disponível http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=improbidade+administrativa+defensoria+publica+legitimidade&tb=jurisnova&p_esq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q= e acessado em 10/09/2013

²²² A 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região recusou a legitimidade do Conselho Federal da OAB para a propositura de ação de improbidade administrativa, por ocasião do julgamento da AC 6137-66.2010.4.01.3400/DF, publicada no DJ de 18/11/2011, disponível em <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=61376620104013400> e com acesso em 10/09/2013.

administrativa, o réu será um agente público que tenha concorrido para a prática da conduta ímproba ou tenham violado o patrimônio público e também aquela pessoa física que, mesmo não sendo agente público (terceiros, na dicção do art. 5º), tenha induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade, ou dela tenham auferido qualquer benefício, direto ou indireto, nos termos da legislação de regência²²³.

Quanto à causa de pedir da ação civil pública e da ação de improbidade administrativa, os fatos que as embasam possuem o ponto em comum de serem violadores de direitos difusos e coletivos, sendo que na ação de improbidade o direito difuso é específico, vale dizer, o dever de probidade a que estão sujeitos todos os agentes públicos. Na ação civil pública, os direitos transindividuais em discussão possuem natureza distinta, como bem observa Carvalho Santos²²⁴.

Por fim, o pedido da ação civil pública difere do pedido formulado em sede de ação de improbidade administrativa. Enquanto aquela admite todos os tipos de pedido (cominatório, condenatório, declaratório, constitutivo, executório), a ação fundada na Lei 8.429/92 objetiva exclusivamente o reconhecimento da prática de um ato de improbidade definido em lei, com a consequente imposição das penalidades de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário.

Sendo os pedidos distintos, consideramos também que não haveria a possibilidade de cumulação de pedidos próprios de uma ação de improbidade com os de uma ação civil pública. Tal pretensão esbarraria nos óbices relativos à eventual falta de legitimação ativa para a propositura de ação de improbidade; à diversidade de réus (pessoa jurídica na ação civil pública e pessoa física na ação de improbidade), bem como à própria incompatibilidade de procedimentos.

Com efeito, o rito da ação civil pública é o ordinário, enquanto que o rito da ação de improbidade administrativa é considerado especial. Para que pudessem ser cumulados os pedidos, haveria a necessidade de o autor empregar em ambos o procedimento ordinário (art. 292, §2º, do CPC), o que na prática comprometeria a validade da relação processual referente à improbidade administrativa, que não prescinde da notificação preliminar para o desenvolvimento regular do feito.

²²³ Rogério admite a possibilidade de uma pessoa jurídica figurar como réu em uma ação de improbidade administrativa, sujeitando-se às sanções compatíveis com a sua natureza, tais como a reparação do dano e a aplicação de multa civil, de cunhos exclusivamente pecuniários, bem assim a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente. Cf. Rogério Pacheco Alves, *Improbidade administrativa*, p. 840.

²²⁴ José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa: unidade ou dualidade*, In *A ação civil pública após 25 anos* / Coord. Edis Milaré, p. 490.

Com base em tais argumentos, concluímos que não há possibilidade de dedução de matéria relativa a improbidade administrativa no bojo de ação civil pública e que não é possível a configuração de litispendência entre essas duas demandas²²⁵, ante a diversidade de partes, pedido e causa de pedir.

6.7 Trâmite simultâneo de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e processo coletivo

O instituto da repercussão geral foi concebido num contexto de explosão de demandas judiciais, o qual também havia chegado aos tribunais superiores e prejudicava o seu desempenho. Diante do desafio de fazer frente a esse enorme contingente de recursos, muitos dos quais manifestamente procrastinatórios, o legislador optou por adotar mecanismos processuais que representassem filtros à abrangente competência do Supremo Tribunal Federal. Assim, restringiu-se a competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal aos casos em que demonstrada a relevância social, política, econômica ou jurídica subjacente à demanda. Com tal proceder, o legislador buscou assegurar a função uniformizadora da jurisprudência do STF sem que a Corte tivesse de analisar todos os inúmeros recursos idênticos relativos à questão discutida.

O instituto da repercussão geral foi introduzido no direito positivo pátrio pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que acresceu o §3º ao art. 102 da Constituição Federal. Segundo esse dispositivo constitucional, o recurso extraordinário somente poderia ser conhecido se demonstrada a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, sendo que o STF somente poderia recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros.

Em nível infraconstitucional, a Lei nº 11.418/06 acresceu os artigos 543-A e 543-B ao CPC, os quais buscaram regulamentar o procedimento do instituto da repercussão geral. Definiu-se o conceito de repercussão geral como a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

O ônus da demonstração da repercussão geral foi atribuído ao recorrente, sendo tal repercussão presumida quando o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou

²²⁵ O Tribunal Regional Federal da 1ª Região não reconheceu a litispendência entre ação civil pública e ação de improbidade administrativa, na oportunidade dos julgamentos das AC 834-53.2010.4.01.3503 e AG 2009.01.00.075397-4, publicados nos DJs de 05/04/2013 e 18/01/2013, respectivamente, disponíveis no sítio www.trf1.jus.br, com acesso em: 10/09/2013.

jurisprudência dominante do Tribunal. Na hipótese de a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. Quando negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Aos Tribunais de origem, às Turmas Recursais e de Uniformização incumbirá a obrigação de selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. Se a existência de repercussão geral for negada, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. Entretanto, se for mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

O mecanismo processual sob exame enseja dúvidas quanto à sua aplicação nos casos em que a matéria cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal também esteja sendo discutida no bojo de um processo coletivo. Apesar de os processos coletivos também terem sido criados com o intuito de enfrentar o problema da litigância de massa, o fato é que o exame das regras acima destacadas permite concluir que houve uma opção do legislador pela uniformização da matéria nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário. Assim, mesmo que o processo coletivo seja julgado em primeira e segunda instância com eficácia *erga omnes*, o fato é que ele acabará sendo suspenso pela Presidência do Tribunal de origem até que o Supremo Tribunal Federal decida a matéria considerada de repercussão geral.

Entendemos que a opção legislativa não foi a mais adequada por dois motivos.

O primeiro deles é o de que a excessiva concentração de poder no âmbito do Supremo Tribunal Federal acabou por prejudicar a celeridade da apreciação das questões que tiveram repercussão geral reconhecida. É público e notório que existem aproximadamente cinco centenas de processos aguardando definição do Supremo Tribunal Federal a respeito da existência de repercussão geral, bem como acerca do próprio mérito da demanda. Tais questões necessitam ser decididas de forma rápida, para que não acarretem um contingenciamento ainda maior do que o que já existe no âmbito dos Tribunais de origem, que acabam suportando a carga dos recursos retidos enquanto não há definição da questão pelo Supremo Tribunal Federal.

O segundo problema é de natureza sociológica e está relacionado à concentração de poder na cúpula do Poder Judiciário. É fato que a existência de mecanismos institucionais complexos para a prevenção e composição dos litígios representa um indício do grau de evolução de determinada comunidade, a qual ultrapassa a fase do recurso à força física para a resolução de seus problemas intersubjetivos.

A efetiva composição dos litígios pelo aparato judiciário depende da força estatal para atingir esse desiderato, sob pena de ineficácia de suas determinações. É por isto que, ao longo do decurso histórico, a jurisdição foi exercida pelos detentores do poder político, seja de forma direta, pelo próprio rei ou imperador, seja por meio de autoridades escolhidas pelo poder constituído. Não é de se estranhar que até os dias atuais haja certa proximidade entre os agentes políticos e os que exercem a função jurisdicional, dada a forma de composição dos quadros da magistratura²²⁶.

Uma das maiores preocupações que afligem os que lidam com o sistema jurisdicional diz respeito à questão da segurança jurídica, entendida esta como a capacidade de os órgãos jurisdicionais comporem os litígios de forma uniforme, assegurando tratamento isonômico a questões semelhantes e contribuindo para a formação de um juízo social de previsibilidade sobre as decisões judiciais.

A preocupação com a sobredita previsibilidade não é recente em termos históricos. Desde a antiguidade romana, há registro de decisões judiciais tomadas pelos imperadores que possuíam eficácia para além dos casos apreciados, devendo ser observadas na eventualidade de ocorrência de situações semelhantes. Com a referida uniformização, evitavam-se julgados contraditórios que pudessem surpreender negativamente o jurisdicionado, a exemplo das *rescripta* e as *epistulae*, espécies de respostas dadas pelo imperador às consultas a si formuladas, e que deveriam ser válidas para todos os casos análogos que pudessem ocorrer no futuro.

Com a decadência do Império Romano e a sua fragmentação decorrente das invasões bárbaras, o ideal de um direito universal foi afastado, cedendo lugar a um direito costumeiro. Esse novo direito, de caráter eminentemente local, regeu as relações sociais durante o período do medievo, marcado que foi pela descentralização política. Sendo o poder descentralizado,

²²⁶ Cavalieri Filho destaca os três principais meios de seleção para ingresso na magistratura na modernidade: eleições, nomeação e concurso público. Argumenta o autor que o sistema eletivo possui inconvenientes, tais como as distorções do processo eleitoral, marcado por percalços, altos custos e pela variável do eventual apoio político. Informa ainda que o sistema de nomeação é antidemocrático e comprometedor da imparcialidade do Magistrado. Conclui sua argumentação, considerando o sistema do concurso público como o mais adequado para a seleção de magistrados, na medida em que assegura um certo distanciamento entre o magistrado e o detentor do poder político.

não haveria sentido em buscar um direito uniforme para onde certamente não possuiria vigência.

No final da Idade Média, em decorrência do processo de formação dos Estados Nacionais e o conseqüente processo de centralização do poder, voltou à tona a preocupação com a uniformização das decisões judiciais. Na Península Ibérica, foi usual o recurso a julgados por façanha, definidos por Cruz e Tucci como casos julgados notáveis e duvidosos, cuja força vinculante decorria da autoridade reconhecida a quem as proferia e aprovava, bem como da exemplaridade do caso. Assim sendo, o julgado mais importante era aquele realizado pelo próprio Monarca, que deveria ser observado por todos os Magistrados em situações análogas. Outra figura jurídica interessante citada pelo mesmo autor foi a dos assentos, entendidos como o conjunto dos julgados da cúpula da estrutura judiciária vigente (Casas de Suplicação) e que efetivamente vinculavam os demais órgãos jurisdicionais. Com efeito, previa o Alvará de 10 de dezembro de 1518 que em caso de dúvida objetiva quanto à aplicação de determinada lei, a questão deveria ser levada ao regedor da Corte que, por sua vez, deveria submetê-la a alguns desembargadores perante a mesa grande; se porventura a dúvida ainda subsistisse diante daquele órgão, o regedor deveria submeter o problema à interpretação e resolução do rei. Se algum juiz procedesse em desobediência a tal determinação, decidindo em estado de dúvida, sem recorrer ao regedor, seria suspenso até quando fosse remido pela graça real. É de se destacar que o referido decreto foi incorporado à legislação portuguesa, tendo integrado as Ordenações Manuelinas e Filipinas, sendo que somente em 1993 (quase cinco séculos depois) foi considerado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Português, por ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Em função de o Brasil haver sido colônia portuguesa, aqui também se aplicou a referida legislação dos assentos. A título de curiosidade histórica, é de se registrar que a emissão de julgados com caráter vinculante pelos Tribunais de Relação brasileiros sempre foi pretendida, mas somente foi admitida por Portugal por ocasião da vinda da família real para o Brasil, provocada que foi pela iminente invasão de Lisboa pelas tropas napoleônicas. A situação de instabilidade política possibilitou a flexibilização do discurso de necessidade de uniformização das decisões judiciais, que em última instância sempre mascara o desejo de centralização do poder.

Em verdade, a história tem demonstrado o quanto o referido discurso é versátil, adaptando-se às vicissitudes dos processos políticos e acompanhando o interesse na manutenção da palavra final sobre o quanto decidido, o que representa em última instância o próprio exercício do poder político. Tal situação é bem descrita por Jorge Amaury Maia

Nunes, para quem “os exercentes do poder político, embora não representem o todo social (um dos possíveis conceitos de povo), porque localizados os seus interesses, têm a pretensão, cada um de per si, de fazer prevalecer o seu próprio projeto de sociedade em que seja mais bem contemplada a parte que representam”.

Daí ser compreensível a recorrente invocação ao discurso da necessidade da segurança jurídica nos dias atuais. O discurso em questão possibilita que se instituem e legitimem mecanismos que, a pretexto de assegurarem um tratamento jurídico uniforme às lides, concentram nas mãos de uma minoria o poder de decidir com caráter de definitividade. Se considerarmos que tais mecanismos, a exemplo da edição de súmulas vinculantes, da repercussão geral e do incidente de julgamento de recursos repetitivos, estão à disposição dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, é fácil concluir em que segmento do poder está havendo a referida concentração.

Assim, concluímos que a tendência histórica é a de centralização do poder nas cúpulas. Acaso consideremos que no país a forma de seleção dos membros dos tribunais superiores é exclusivamente política (nomeação pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado), então forçoso será reconhecer que o discurso da segurança jurídica pode perfeitamente servir para garantir que as decisões definitivas que interessem aos detentores do poder sejam tomadas por pessoas que eles próprios escolheram para aquela finalidade, o que eventualmente pode comprometer o interesse público, nem sempre coincidente com o interesse do governante.

6.8 Trâmite simultâneo de ação direta de inconstitucionalidade e de ação civil pública

A ação direta de inconstitucionalidade foi introduzida no direito positivo pátrio pela EC 16, de 26 de novembro de 1965. Ela conferiu nova redação ao art. 101 da Constituição de 1946, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para processamento e julgamento da representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Embora a denominação atribuída ao instrumento processual fosse de representação, desde já era manifesta a sua natureza jurídica de autêntica ação constitucional. Com efeito, por meio do exercício do direito de ação, a parte interessada provocava o Estado para que a prestação jurisdicional fosse prestada de maneira a assegurar a compatibilidade vertical da legislação federal, estadual ou distrital com a ordem constitucional vigente. No entanto, o processo em questão tinha uma singularidade, pois não envolvia interesses de particulares. O

que estava em discussão era o próprio interesse difuso à uma ordem jurídica compatível com a constituição, e nesse sentido o processo é considerado de natureza objetiva.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade passou a ter previsão no art. 102, I, a, do texto constitucional, segundo o qual compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade proposta contra ato normativo federal ou estadual.

Considera-se legitimado ativo para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Conforme anteriormente destacado, o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é a declaração de incompatibilidade vertical entre a norma federal, estadual ou distrital impugnada e a norma constitucional invocada como parâmetro de constitucionalidade.

Assim, a questão dirimida diz respeito a saber se é possível a configuração de litispendência entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública. A resposta a tal indagação nos parece negativa, na medida em que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é a declaração de invalidade do ato eivado de inconstitucionalidade. A ação civil pública, por sua vez, não pode ter o mesmo pedido da ação direta de inconstitucionalidade, pois em tal caso estaria havendo desvio de finalidade em seu manejo. Esse é, aliás, o posicionamento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²²⁷. O que pode ocorrer eventualmente é o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade no bojo de uma ação civil pública, o que tem sido admitido de forma remansosa pela jurisprudência do STF, v.g. RCL 554/MG²²⁸ e RE 471946 AgR/SP²²⁹.

²²⁷ Cf. EMENTA: - Agravo regimental. - Não se admite ação que se intitula ação civil pública, mas, como decorre do pedido, é, em realidade, verdadeira ação direta de inconstitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal, ação essa não admitida pela Carta Magna. Agravo a que se nega provimento. (AI 189601 AgR, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 26/08/1997, DJ 03-10-1997 PP-49231 EMENT VOL-01885-04 PP-00846)

²²⁸ Ao apreciar esta reclamação, o STF consignou expressamente a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* no bojo de ação civil pública. No entanto, o Relator consignou que acaso os direitos discutidos em juízo tivessem caráter difuso ou coletivo, a eficácia da decisão seria erga omnes e, aí sim, teria os mesmos efeitos de uma ação direta, pois alçaria todos, partes ou não, na relação processual estabelecida na ação civil. Considerou o Relator, ainda que embora haja um parentesco entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, pois em ambas se faz o controle de constitucionalidade das leis, na primeira é feito o controle difuso, declarando-se a inconstitucionalidade *incidenter tantum*, e com eficácia, apenas, aos que são réus no processo, enquanto que na segunda é feito o controle concentrado e com efeito *erga omnes*. Para o Relator, por conseguinte, não haveria a possibilidade de declaração *incidenter tantum* de

Partindo do pressuposto de que a formulação do pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade é admissível no bojo de ação civil pública, a inconstitucionalidade da norma deve ser compreendida como simples questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal, que não possui o condão de caracterizar a identidade entre os elementos da demanda. E se os pedidos deduzidos nas duas demandas são distintos, não há que se falar na possibilidade de configuração de litispendência. Vale registrar que este também foi o posicionamento adotado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 494687, relatado pela Des. Fed. Liliane Roriz e publicado no E-DJF de 09/04/2012²³⁰.

inconstitucionalidade em ação civil pública quando o feito versasse sobre direitos difusos e coletivos, em função da produção de efeitos *erga omnes*.

²²⁹ Na ementa deste julgado, está registrado que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o Ministério Público detém legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública que tenha por objeto a declaração incidental de inconstitucionalidade de ato normativo.

²³⁰ Cf. Ementa: PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO FATOR PREVIDENCIÁRIO. LITISPENDÊNCIA. ADI 2110 E 2111. AFASTADA. CAUSA DE PEDIR. INCIDENTER TANTUM.

1. O Juízo *a quo* não poderia declarar a litispendência e, por conseguinte, julgar extinta a ação, sem julgamento de mérito, uma vez que, permanecendo o entendimento que o pedido principal é, nada mais, do que uma ação declaratória de inconstitucionalidade, o mesmo, de uma análise objetiva, não possuiria competência para processar e julgar a demanda, já que a mesma é de atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

2. A existência de Ações Declaratórias de inconstitucionalidade em curso perante o STF não impede o controle difuso perante os Tribunais, a não ser que haja decisão expressa nesse sentido, em medida cautelar, o que não veio a ocorrer em relação à discussão acerca da constitucionalidade do fato previdenciário nas ADIs nº 2.111 e 2.110.

3. O Sindicato/autor propõe a ação civil pública consistente na defesa dos interesses de seus substituídos, cuja causa de pedir é a declaração de inconstitucionalidade do fator previdenciário, ou seja, do dispositivo legal da Lei nº 9.876/99, que alterou a redação de dispositivo da Lei nº 8.213/91, para, em consequência, revisar os benefícios previdenciários dos substituídos, apesar de sua exordial não ter sido elaborada com técnica, tudo leva a esta conclusão.

4. A possibilidade jurídica do pedido de revisão dos benefícios percebidos pelos substituídos, tendo como pedido incidenter tantum a inconstitucionalidade do Fator Previdenciário, permite o processamento e julgamento pelo Juízo de 1º grau, sendo desnecessária a emenda à inicial.

5. Apelação parcialmente provida para anular a sentença apelada.

7 DISCIPLINA DA LITISPENDÊNCIA NAS PROPOSTAS DE CODIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL COLETIVO BRASILEIRO

7.1 O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (PL nº 5.139/2009) e o Projeto do CPC

Diante da necessidade de um tratamento adequado às peculiaridades do processo coletivo, e por iniciativa do Ministério da Justiça, foi instituída uma Comissão Especial cujo objetivo seria a elaboração de um anteprojeto de processo coletivo para o Brasil. O anteprojeto foi elaborado e enviado à Câmara dos Deputados, onde foi registrado sob nº 5.139/2009, sendo intitulado de Projeto de nova Lei da Ação Civil Pública.

O PL nº 5.139/2009 disciplinava a relação entre demandas coletivas, dispondo em seu art. 6º que elas poderiam ser reunidas de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, em caso de conexão, continência e litispendência. Para a configuração da litispendência entre demandas coletivas, seria necessária a identidade de pedido ou causa de pedir ou da defesa, ainda que diferentes os legitimados ativos, e no caso da ação coletiva passiva, ainda que diferentes os legitimados passivos; para a constatação da identidade da causa de pedir e do pedido, seria necessária a identidade do bem jurídico a ser protegido.

No art. 7º do PL nº 5.139/2009 está disciplinada a relação entre demanda coletiva e as ações individuais. Segundo esse dispositivo, a demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.

Segundo o projeto de lei, constitui ônus processual do demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da ação coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá beneficiar-se da sentença coletiva.

O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos à relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico. Tal suspensão perdurará até o trânsito em julgado da ação coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.

De acordo com o art. 8º, o juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva. Se o Ministério Público não promover a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao Conselho Superior do Ministério Público, que designará outro órgão do Ministério Público para ajuizar a demanda coletiva, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação, informando o juiz.

Consideramos que a possibilidade de suspensão dos processos individuais em função da propositura de demanda coletiva é medida salutar, tanto do ponto de vista da economia processual, quanto do ponto de vista da coerência do sistema jurídico. Com efeito, a aludida suspensão evita a possibilidade de trâmite simultâneo de feitos que possam conduzir a julgados cuja execução seja incompatível, o que acarretaria a instabilidade do sistema jurídico. Entretanto, o Tribunal que determina a suspensão dos feitos individuais precisa adotar providências no sentido de assegurar que o desfecho da demanda coletiva observe o princípio da duração razoável do processo, sob pena de violar o acesso à Justiça dos litigantes individuais²³¹.

O PL nº 5.139/2009 teve trâmite regular naquela Casa Legislativa, tendo recebido da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania parecer favorável quanto aos aspectos formais e, no mérito, voto pela sua rejeição. Segundo o parecer do Relator, deputado José Carlos Aleluia, o projeto "não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas,

²³¹ A título de exemplo, a providência de suspensão processual das demandas individuais também foi adotada nos casos de repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Apesar de haver 490 casos em que a repercussão geral foi reconhecida por aquela Corte, segundo informações constantes do sítio daquele Tribunal (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>), muitos advogados que militam no meio forense se queixam da demora da Excelsa Corte em definir essas questões, provocando a paralisia dos feitos em primeira instância, com evidente prejuízo aos litigantes individuais, que ficam impotentes diante dessa situação.

gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia de que esses interesses estejam sendo bem representados, e expõe toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim".

O parecer do Relator foi acolhido pela maioria dos integrantes daquela Comissão e o projeto de lei em questão foi encaminhado para arquivamento, restando pendente de apreciação um recurso contra essa decisão interposto pelo deputado Antônio Carlos Biscaia.

Talvez pelo fato de existir um projeto de lei específico para a ação civil pública (e que está na iminência de ser arquivado), a questão da tutela dos direitos metaindividuais não foi apreciada pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010), que se encontra em fase de votação no Congresso Nacional. A leitura de todo o projeto, tanto em sua redação original, quanto na atribuída pelo substitutivo do senador Valter Pereira, permite tal conclusão. Entendemos que essa é uma omissão do projeto do novo Código de Processo Civil, na medida em que se está perdendo excelente oportunidade para aprimorar o tratamento legislativo dado ao procedimento coletivo, em especial no que diz respeito à litispendência.

7.2 A disciplina da litispendência no Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo de Antônio Gidi

O anteprojeto de autoria de Antonio Gidi se intitula Código de Processo Civil Coletivo. Na Exposição de Motivos do anteprojeto, o autor esclarece que tinha o objetivo de inspirar a redação de um código adaptado à realidade dos países de tradição derivada do direito continental europeu, tendo presente a experiência internacional acumulada com a prática de ações coletivas. No dizer do autor do anteprojeto, muitas das normas sugeridas reproduzem, adaptam ou aprimoram normas existentes em outros ordenamentos, enquanto que outras representam inovações inspiradas no direito americano canadense, francês, italiano e escandinavo, adaptados à realidade brasileira.

No que diz respeito à litispendência, o artigo 19 do anteprojeto dispõe que a primeira²³² ação coletiva proposta induz litispendência para as demais ações coletivas relacionadas à

²³² No particular, identificamos uma omissão do anteprojeto, que não indica critério seguro para identificação do juízo preventivo, vale dizer, se a prevenção seria firmada pela distribuição, pelo despacho inicial ou pela citação válida.

mesma controvérsia coletiva. As ações coletivas posteriores serão extintas, mas os seus autores poderão intervir na primeira ação coletiva.

Essa intervenção poderá ocorrer de forma ampla, nos termos do artigo 6º do anteprojeto, seja para demonstrar a inadequação do representante ou para auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo. Eventualmente, o assistente coletivo poderá atuar como assistente da parte contrária ao grupo²³³. Além disso, aos membros do grupo será facultada a participação como informantes, trazendo provas, informações e argumentos novos (o que pode ensejar tumulto processual e eventual ofensa ao princípio da duração razoável do processo). Em qualquer caso, será assegurado ao interveniente o ressarcimento das despesas e honorários, na medida proporcional à sua participação e contribuição.

Constituirá ônus processual do réu informar ao juiz e ao representante do grupo sobre a propositura de outra ação coletiva relacionada à mesma controvérsia coletiva, bem como identificar ao juiz da ação coletiva e ao representante do grupo as ações individuais relacionadas à mesma controvérsia, à medida que sejam propostas. O autor, por conseguinte, não estará obrigado a informar o juízo da existência de processo coletivo semelhante proposto por outro legitimado²³⁴.

No que diz respeito à relação entre a ação coletiva e as ações individuais, o artigo 20 do anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo determina que a ação coletiva não induz litispendência para as correspondentes ações individuais relacionadas à mesma controvérsia coletiva e, por conseguinte, estas não deverão ser extintas sob este fundamento.

Se o membro do grupo propuser ação individual até a data da publicação da sentença ou da homologação do acordo coletivo, este será excluído do grupo e não será vinculado em sua esfera individual pela coisa julgada coletiva (art. 20.1). Se ele for notificado da existência de uma correspondente ação coletiva, poderá requerer a suspensão do seu processo individual no prazo de 60 dias, se quiser se vincular à coisa julgada coletiva (art. 20.3). Acaso essa notificação do processo coletivo não ocorra no bojo do processo individual, o autor da ação individual será beneficiado mas não poderá ser prejudicado pela coisa julgada coletiva (art. 20.6).

Na eventualidade de a ação coletiva ser extinta com resolução de mérito, o membro do grupo que postulou a suspensão do seu processo individual será vinculado pela coisa julgada coletiva e, se for o caso, a ação individual será extinta (art. 20.4). Se a ação coletiva for extinta sem resolução de mérito, ou se não houver formação de coisa julgada coletiva, a ação

²³³ Neste anteprojeto, é expressamente admitida a possibilidade de ações coletivas passivas (Art. 28).

²³⁴ Mas, se o autor do processo coletivo reproduzir demanda idêntica a outra anteriormente proposta por si próprio, e não informar ao juízo dessa circunstância, estará sujeito às sanções da litigância de má-fé.

individual que estava suspensa poderá prosseguir (art. 20.5). Antes da publicação da sentença coletiva ou da homologação do acordo coletivo, o autor da ação individual que requereu a suspensão do seu processo individual poderá se desligar da ação coletiva e requerer o prosseguimento da sua ação individual (art. 20.7).

7.3 A disciplina da litispendência no Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América foi revisto por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Aníbal Quiroga Leon, Antonio Gidi, Enrique M. Falcon, José Luiz Vasquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia.

A litispendência é objeto de disciplina a partir do art. 29 do anteprojeto sob análise. Segundo esse dispositivo, a primeira²³⁵ ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir²³⁶.

Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais (art. 30).

A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva (art. 31).

7.4 A disciplina da litispendência no Anteprojeto elaborado pelo Programa de Pós-Graduação da UERJ e da UNESA

²³⁵O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América também é omissivo no que diz respeito à prevenção. Não indica critério seguro para identificação do juízo prevento, vale dizer, se a prevenção seria firmada pela distribuição, pelo despacho inicial ou pela citação válida. Disponível em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf e acessado em 02/01/2014.

²³⁶O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América inova ao restringir a litispendência aos casos em que somente coincidam o pedido e a parte ré. Entendemos que a identidade da causa de pedir também é necessária para a configuração da litispendência. Disponível em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf e acessado em 02/01/2014.

A Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá traz importante observação a respeito das ações coletivas: a de que elas não estariam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil para a solução de problemas individuais decorrentes de origem comum. Não foram, portanto, um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante um único processo coletivo, conclusão que foi reforçada pela constatação de que o Poder Judiciário continua a receber milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução mais econômica mediante um processo coletivo.

Para Aloísio Gonçalves de Castro Mendes, essa situação é motivada pela banalização dos processos coletivos. A legislação brasileira permite o surgimento e a tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já exista decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual. Daí esse anteprojeto haver sugerido uma mudança da sistemática relativa à relação entre o processo coletivo e os processos individuais, conforme veremos a seguir.

Assim sendo, segundo o art. 7º deste anteprojeto, a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados. Em caso de o objeto da ação posteriormente proposta estar contido no da primeira, o processo ulterior será extinto sem resolução de mérito. No caso de o objeto da segunda demanda ser mais abrangente (hipótese de continência), o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.

Quando as ações coletivas versarem sobre direitos individuais homogêneos, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta (art. 33). O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse

que esteja compreendido no objeto do processo coletivo. Dentro deste prazo de trinta dias, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem resolução de mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

Não tendo o juiz deliberado acerca da forma de exclusão, esta ocorrerá mediante simples manifestação dirigida ao juiz do respectivo processo coletivo ou ao órgão incumbido de realizar a nível nacional o registro das ações coletivas, que poderão se utilizar eventualmente de sistema integrado de protocolo. O requerimento de exclusão, devida e tempestivamente protocolizado, consistirá em documento indispensável para a propositura de ulterior demanda individual.

No particular, teríamos a adoção mitigada do sistema de *opt out* pelo direito positivo brasileiro. Este modelo pode ser vantajoso em termos econômicos, mas pode também gerar um enorme tumulto processual nos autos do processo coletivo principal, ao qual poderiam ser dirigidos milhares, ou quiçá milhões, de requerimentos de exclusão da demanda coletiva.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A litispendência possui como fundamento político a busca pela coerência e harmonização dos julgados em determinado sistema jurídico. Evitar a produção de julgados conflitantes é medida salutar para a consolidação da segurança jurídica em um determinado sistema. O Estado é beneficiado por essa estabilidade, na medida em que ela propicia a consolidação das instituições e a pacificação social.

2. A litispendência possui também um fundamento econômico. O processamento simultâneo de demandas individuais e coletivas idênticas afronta o princípio da economia processual, que deita suas raízes no utilitarismo de Bentham e na Economia Normativa de Richard Posner. Diante desse quadro de recursos limitados e de demandas infinitas, foi necessária a adoção de mecanismos econômicos que pudessem otimizar o resultado da estrutura existente, vale dizer, obter o máximo de resultado com o mínimo de esforço, e nisso consiste o princípio da economia processual. No particular da litispendência entre processos coletivos, há um grande número de situações que podem ser resolvidas com a correta aplicação dos institutos da prevenção, conexão e da litispendência, evitando a prática desnecessária de atos processuais.

3. Configura-se a litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada e que está em curso. Para que a ação seja considerada como repetida, deverá possuir as mesmas partes, pedido e causa de pedir de outro processo que já se encontrava em trâmite quando do ajuizamento da segunda demanda. Cada um destes elementos possui características próprias, cujo estudo individualizado se justifica, uma vez que é por meio deles que se definirá a identidade, a semelhança ou a diferença entre processos judiciais em curso, com as consequências processuais daí decorrentes. A providência processual prevista para as situações em que constatada a litispendência entre demandas individuais é a extinção do processo mais moderno sem a resolução de seu mérito, de ofício ou a requerimento da parte, nos termos do art. 267, V, do Código de Processo Civil. A mesma reação processual está prevista no art. 327 do Projeto de Lei 8.048/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados (Novo Código de Processo Civil).

4. No campo do processo coletivo, a questão da litispendência deve ser analisada de acordo com os princípios da eficiência e do acesso à Justiça, uma vez que o resultado do feito

pode atingir um universo indefinido de interessados. Existe a possibilidade de a litispendência ser constatada, e ainda assim não ser obrigatória a extinção do feito mais moderno, se o exame do caso concreto assim o recomendar. Além disso, os próprios conceitos de parte, pedido e causa de pedir no processo coletivo merecem um estudo diferenciado.

5. A legitimação ativa para a propositura de ação civil pública varia de acordo com o ordenamento jurídico de cada país, cujo Poder Legislativo faz uma opção política por atribuir essa iniciativa a entes públicos e/ou privados, de acordo com valores ideológicos, políticos e econômicos que variam de acordo com o sistema jurídico de cada país. No caso brasileiro, entes públicos e privados detém a iniciativa para a propositura de ação civil pública. O particular somente detém a legitimidade ativa no processo civil coletivo no caso da ação popular. Estes legitimados atuam na qualidade de substitutos processuais da coletividade.

6. A legitimação passiva difere de acordo com o rito do processo civil coletivo. Assim sendo, o réu em ação civil pública, ação popular, ação de improbidade administrativa e mandado de segurança coletivo pode divergir, sem que necessariamente esteja afastada a possibilidade de configuração de litispendência. Predomina o entendimento de que o substituto processual não possui legitimidade passiva no processo civil coletivo.

7. O pedido formulado em ação civil pública pode ter as mais diversas naturezas: declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental, inibitório e executivo.

8. A causa de pedir em ação civil pública envolve a violação a direitos metaindividuais, de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea, de forma isolada ou concomitante.

9. O método de identificação de litispendência entre processos coletivos consiste em identificar os elementos da ação, vale dizer, a causa de pedir, o pedido e o universo de interessados que estão sendo substituídos em juízo. Independente do rito a ser adotado, sempre que haja identidade desses elementos, haverá a possibilidade da litispendência entre os processos coletivos se configurar.

10. O processo coletivo não induz litispendência para os processos individuais no sistema processual brasileiro, o que representa o ponto fraco do processo civil coletivo no que diz respeito à racionalidade do sistema e à capacidade de lidar com a litigância de massa.

Contudo, em alguns julgados o STJ tem determinado a suspensão das ações individuais em decorrência da propositura de ação coletiva e durante o período necessário para o seu julgamento.

10. Constatada a litispendência, caberá ao Juiz avaliar a melhor providência processual a ser adotada, vale dizer, se o caso será de extinção do processo mais moderno, conforme preceitua o CPC, ou se será mais eficiente reunir os processos para julgamento simultâneo, com vistas ao melhor resultado do processo.

11. É possível a litispendência entre ações civis públicas propostas pelo mesmo legitimado ou por legitimados distintos, desde que estes substituam o mesmo universo de interessados.

12. Existe a possibilidade de configuração de litispendência e de conexão entre uma ação popular e uma ação civil pública, ou mesmo entre ações populares propostas por cidadãos distintos, desde que a causa de pedir de ambas verse sobre o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural. O mesmo não ocorre entre a ação popular e a ação de improbidade administrativa, uma vez que se tratam de realidades jurídicas distintas.

13. O mandado de segurança coletivo não induz litispendência nem conexão com ações individuais em virtude da incompatibilidade de ritos e da diversidade de foros competentes. Eventualmente poderá haver o reconhecimento da litispendência entre o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, desde que a causa de pedir desta verse sobre direitos coletivos e individuais homogêneos.

15. A ação de improbidade administrativa possui elementos distintos daqueles que caracterizam a ação civil pública, a ponto de não ser possível a configuração da litispendência. Seu manejo com tal finalidade não é recomendável, em virtude da especificidade do rito referente à notificação prévia.

16. O reconhecimento da repercussão geral de determinada matéria pelo Supremo Tribunal Federal provocará a suspensão do processamento do recurso extraordinário

interposto contra decisão de segunda instância. Houve uma opção política pela centralização do poder nas cúpulas dos tribunais.

17. Não é possível manejar a ação civil pública como sucedâneo de controle concentrado de constitucionalidade, razão pela qual a litispendência dessa ação com uma ação civil pública não é possível.

18. Os anteprojetos de codificação do processo civil coletivo brasileiro previram disciplina normativa para a litispendência. Todavia, somente o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá prevê a aplicação do instituto da litispendência entre o processo coletivo e os processos individuais, o que representa significativa e eficiente inovação que pode contribuir para o enfrentamento do problema da litigância de massa existente no sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão da Eficácia da Decisão Liminar ou da Sentença em Mandado de Segurança - Aspectos controvertidos do Art. 4º da Lei 4.348/64. In: BUENO, Cassio Scarpinella, *et al.* (Coords.), **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: EDIPRO, 2009.
- _____. **Ética a Nicômacos**. Trad. De António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.
- AQUINO, Tomas de. **Suma Teológica**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARIONI, Rodrigo. Competência para processar e julgar o pedido de suspensão de liminar em ação civil pública. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BRANDÃO, Flávia Monteiro de Castro. A suspensão das medidas de urgência nas ações contra o poder público à luz do devido processo legal. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, Julho de 2003.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. v. I, tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. v. II, tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. v. III, tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti Del convegno di Studio* (Pádoa, 11-12 giugno 1974, Ed. CEDAM).

- _____. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **Direito Processual Civil e Penal**. Campinas: Peritas, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.
- _____. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa: unidade ou dualidade?** Em *A ação civil pública após 25 anos*, Coordenador Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 483-499
- _____. **Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. São Paulo: Atlas, 2012.
- CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; DONIZETTI, Elpídio. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2013.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1943.
- COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2007.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de segurança (o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09)**. São Paulo: Dialética, 2009.
- DELGADO, José Augusto. **Reflexões sobre a substituição processual**. Separata Revista Trimestral de jurisprudência dos Estados. São Paulo: Jurid Vellenich, 1994.
- DIDIER JR, Fred; ZANETO JR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. v. 4. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da Comunicação Social**. São Paulo: RT, v. 1, 2004.
- FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do direito processual ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. Tese (Doutorado em Direito)– Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: www.teses.usp.br/.../Representatividade_Adequada_nos_Processos_Coletivos. Acesso em: 2 set 2013

- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Coleção Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, 43.
- GIDI, Antônio. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, p. 52-66, São Paulo, abr./jun. 1995.
- _____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 188-189. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2007.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, t. 3, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: Comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRINOVER, Ada Pallegri; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- _____. *Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência, Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, São Paulo, 1995, coord. Edis Milaré.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003.
- LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Petrópolis: Vozes, 2006.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo Carmargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. São Paulo: RT, 2009.
- _____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor: o papel do Ministério Público*. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acoescolet.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2012.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2007.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MENDES, Ítalo Fioravanti Sabo. *O Constitucionalismo e Razoável Duração do Processo*. *Direito Federal*, v. 86, p. 121-132, 2006.
- _____. *Duplo grau de jurisdição no Processo Civil: um exame à luz da constituição e da instrumentalidade do processo*. Tese (doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2008.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo*. *Revista de Direito Privado*, n. 5, São Paulo, jan./mar. 2001.
- _____. *Princípios do processo na constituição federal*. São Paulo: RT, 2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de processo coletivo*. São Paulo: Método, 2012.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- NUNES, J. A. M. *Princípios constitucionais: interpretação visando à efetividade dos direitos fundamentais*. *Direito Público*, v. 19, p. 94-112, 2008
- PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social*. São Paulo: Método, 2008.
- PASSOS. José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PLATÃO. *Cartas e Epigramas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2011.
- POLETTI, Ronaldo. *Elementos de Direito Romano. Público e Privado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

POUND, Roscoe. Liberdade e garantias constitucionais, p. 79 e ss. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais AS, 1976.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de Segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. Suspensão de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. Ação popular constitucional: doutrina e processo. 2. ed. Rev. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. I, Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. RePro, v. 20, n. 80, p. 103-110, São Paulo, out./dez. 1995.

WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.