

Do Microsistema da Tutela Coletiva e a Sua Interação com o CPC/2015

Fabício Rocha Bastos*

Sumário

Introdução. Reflexos do Novo Código de Processo nos Processos Coletivos. 1. Do Poder Geral de Efetivação. 2. Dilação de Prazos Processuais. 3. Alteração da Ordem da Produção das Provas. 4. Poder de Polícia do Magistrado. 5. Determinação de Comparecimento Pessoal das Partes. 6. Saneamento dos Vícios e Irregularidades Processuais. 7. Intimação dos Legitimados Coletivos sobre a Existência de Demandas Repetitivas. 8. Coletivização das Demandas Individuais. 9. Direitos Repetitivos e Direitos Individuais Homogêneos. 10. Sistema do *Fair Notice* e *Right to Opt In or Out* Aplicável aos Processos Coletivos que Veiculam Direitos Individuais Homogêneos. 11. Recorribilidade das Decisões Interlocutórias e o Regime da Preclusão Imediata. 12. Tutelas Provisórias no CPC/2015 e a Repercussão nos Processos Coletivos. 13. Inaplicabilidade do Artigo 115, Parágrafo Único, CPC/2015 como Forma de Integrar Terceiro Beneficiário Direto ou Indireto ao Processo Coletivo. 14. Prazo para o Oferecimento do Agravo Interno nos Processos Coletivos – Análise do Artigo 6º, Parágrafo Único da Lei nº 13300/2015. 15. Intervenção do Substituído nos Processos Coletivos – Análise do Artigo 18, Parágrafo Único do CPC/2015 – Legitimação Conglobante nos Processos Coletivos. 16. Possibilidade de Celebração de Negócio Jurídico Processual Atípico nos Processos Coletivos – Análise do Artigo 190, CPC/2015 e a Sua Interface com o Instituto da Colaboração Premiada na Seara da Improbidade Administrativa. 17. Possibilidade da Realização da Autocomposição nos Processos Coletivos – Aplicação da Opção da Realização da Audiência de Conciliação e Mediação nos Processos Coletivos – Análise dos Artigos 319, VII e 334, §4º, CPC/2015. 18. Aplicação do Procedimento Comum (Artigo 318, CPC/2015) aos Processos Coletivos – Análise dos Artigos 105-A da Lei nº 9504/1997 e 21 da Lei nº 12846/2013. 19. Causa Interruptiva da Prescrição nas Demandas de Improbidade Administrativa. 20. Regime das Despesas Processuais nos Processos Coletivos. 21. Consequência Processual da Continência Prevista no Art. 57, CPC, e a Sua Aplicação nos Processos Coletivos – Regras de Prevenção da Competência. 22. Efeito Suspensivo nos Recursos de Apelação Oriundos de Processos Coletivos.

* Pós-Graduado em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de Pós-Graduação do IBMEC, EMERJ e UCAM/RJ. Professor de Direito Processual Civil e Tutela Coletiva da EMERJ, AMPERJ, FEMPERJ, Curso Forum, do Portal F3/RJ e Supremo - MG.

Introdução

O microsistema¹ da tutela coletiva é o conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas² sobre o processo coletivo nas diversas normas jurídicas positivadas em nosso ordenamento. Estas normas jurídicas disseminadas formam um conjunto (ainda que de maneira informal, sem a sistematização em um único diploma legislativo) de regras jurídicas que regulamentam a tutela coletiva.

Como ainda não há uma regulamentação própria corporificada em uma codificação, a doutrina com respaldo da jurisprudência reconhece que as diversas leis existentes se comunicam entre si formando um verdadeiro sistema policentrado de tutela coletiva.

Entre as normas mais importantes que formam o arcabouço básico do microsistema, podemos apontar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública.

Estas normas formam o que podemos denominar de regramento geral da tutela coletiva por intermédio das normas de reenvio existentes em ambas as leis.

No Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o artigo 90 determina a aplicação das normas ínsitas na Lei de Ação Civil Pública: “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

A Lei de Ação Civil Pública, por seu turno, determina uma remissão ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como demonstra o artigo 21: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990).”

Da conjugação destes dois artigos, podemos concluir que a LACP preceitua a aplicação das normas do CDC nas Ações Cíveis Públicas em geral e o CDC “reenvia” a aplicação das normas da LACP às ações coletivas consumeristas. Assim, encontramos as denominadas “normas de reenvio”; tal reenvio é consequência da aplicação do chamado “diálogo de fontes”, comumente encontrado nas normas de direito material.

Nesse panorama, reconhece-se o CDC como o agente unificador e harmonizador do microsistema coletivo, na medida em que esse diploma promoveu verdadeira integração e sistematização com a LACP, especialmente pela ligação entre o art. 90 do CDC e o art. 21 da LACP.³

¹ Há quem prefira usar a terminologia “minissistema”, como Grinover, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. Outros afirmam a existência de um “sistema único coletivo”, como Gomes Jr., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: SRS, 2008.

² São normas de direito material previstas em diplomas processuais e normas de direito processual em diplomas materiais. É perfeitamente normal o direito processual sofrer influências do direito material, com a estruturação de procedimentos adequados ao tipo do direito material, adaptando a correlata tutela jurisdicional.

³ ARGENTA, Graziela; Rosado, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

Apesar disso, não há qualquer óbice para a aplicação do “diálogo de fontes” em direito processual. Ademais, existem diversos pontos de tangenciamento entre o direito material e o direito processual, seja no plano abstrato (legislação), seja no plano concreto (aplicação das normas); podemos encontrar, inclusive, institutos que são regulados tanto por normas de direito material quanto por normas de direito processual, como, por exemplo, a prescrição.

Existem normas jurídicas, por fim, que regulam, ao mesmo tempo, o direito material e o direito processual e são chamadas de normas heterotópicas ou de natureza híbrida.

O microsistema de tutela coletiva gera um “Sistema de Vasos Intercomunicantes”. Tal sistema decorre do policentrismo do ordenamento jurídico brasileiro e significa que a normatização das situações ou das relações jurídicas se encontra em normas esparsas. À guisa de exemplo, existem diversas normas jurídicas que regulam o processo civil coletivo (Constituição da República, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei do Mandado de Segurança). Entre estas diversas normas jurídicas positivadas, existe uma “comunicação”, que alguns denominam de aplicação integrada, ainda que informal para regular determinado instituto da tutela coletiva. É exatamente esta reunião intercomunicante de vários diplomas que regulam a mesma matéria que é denominada de sistema de vasos comunicantes.⁴

Apesar de as normas do CDC e LACP formarem o núcleo essencial (“núcleo duro”) do microsistema da tutela coletiva (formando um procedimento padrão para as demandas coletivas), elas não exaurem a regulamentação do tema. Forçoso concluir, portanto, que outras leis poderão (e o fazem!) regular temas afetos ao processo coletivo, participando, com isso, através de um verdadeiro diálogo de fontes, do microsistema da tutela coletiva.

Assim, podemos afirmar que a formação do microsistema de tutela coletiva decorre das normas de reenvio e do sistema de vasos comunicantes por intermédio dos diversos diplomas legislativos⁵. Os diplomas legislativos, portanto, que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si.⁶

⁴ “O microsistema coletivo tem sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioria dos microsistemas que, em regra, tem formação enraizada em apenas uma norma especial, recebendo, por tal situação, razoável influência de normas gerais.” Mazzei, Rodrigo Reis. *Ação popular e o microsistema da tutela coletiva*. In: Luiz Manoel Gomes Junior (Coord.). *Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei nº 4717/1965*. São Paulo: RCS, 2006, p. 408-410.

⁵ “Este, em síntese, o sistema integrado de defesa dos interesses supraindividuais em nosso país: interação da legislação específica e suprimento recíproco de lacunas, de sorte que todos os interesses sejam tutelados processualmente do mesmo modo e com um mesmo perfil procedimental e processual; e a aplicação sempre subsidiária do Código de Processo Civil.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, 2ª edição, RT, 2011, p.138. “Antes de voltar os olhos para o sistema geral, o intérprete deverá examinar, no conjunto legislativo que constitui o microsistema, se não existe uma norma melhor e mais adequada a correta pacificação com justiça (...) Quando não houver no diploma específico norma que contradiga essa solução, ou mesmo havendo, esta norma for mais estreita na aplicação, deverá prevalecer a interpretação sistemática, decorrente das regras do CDC e da Lei nº 7347/1985.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*, 4ª edição, Jus Podivm, p.123.

⁶ “Quer dizer, as leis especificamente relacionadas à tutela coletiva assumem-se incompletas e, para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e muito dinâmica, encontram no CPC a regulamentação subsidiária e supletiva.” DIDIER JR., Fredie; ZENETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

Assentada a premissa da existência do microsistema de tutela coletiva, forçoso asseverar que as normas integrantes do mesmo aplicam-se toda vez que houver uma omissão na legislação que regulamenta determinada ação coletiva, ou seja, as normas ínsitas no microsistema são aplicáveis, de maneira subsidiária, a fim de evitar lacunas legislativas.

Considerando que as normas que integram o microsistema da tutela coletiva deverão ser aplicadas de forma subsidiária, imprescindível afirmar que as normas do CPC serão aplicáveis de maneira residual⁷, ou seja, somente quando não for encontrada solução decorrente da aplicação do microsistema. Deste modo, deverá ser corretamente interpretada a aplicação do artigo 15 do CPC, que assevera a sua aplicação supletiva e subsidiária aos processos administrativos, eleitorais e trabalhistas. Este entendimento, que determina a aplicação residual do CPC, parte da premissa de que tal norma não figura no microsistema da tutela coletiva. Caso a referência seja feita ao CPC/1973, concordamos com a premissa e com a conclusão, mas entendemos, conforme será exposto abaixo, que o CPC/2015 passa a integrar o microsistema, o que ensejará uma releitura acerca da aplicabilidade destas normas. A doutrina, neste tópico, diverge acerca da sua inserção no microsistema, bem como da aplicabilidade das próprias normas do microsistema.

Diante deste quadro de dispersão de normas jurídicas regulamentadoras e da existência de divergência doutrinária, surge a necessidade de fixar como deverá ser aplicável o microsistema da tutela coletiva.

Para uma primeira tese doutrinária, a aplicação dar-se-á da seguinte forma: a) aplicação da lei específica que regulamenta determinada lei específica; b) verificada a omissão na lei específica, aplicar-se-á o microsistema da tutela coletiva, de forma subsidiária ou supletiva; c) permanecendo a omissão, ou seja, caso as normas do microsistema não sejam suficientes para resolver a situação, aplicar-se-á o CPC, de forma residual. Esta é a formatação mais comum de ser encontrada na doutrina.⁸

⁷ “Residual e não imediatamente subsidiário, pois, verificada a omissão no diploma coletivo especial, o intérprete, antes de angariar solução na codificação processual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microsistema coletivo.” MAZZEI, Rodrigo. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. (Coord.) Susana Henriques da Costa. Quartier Latin, 2006. No mesmo sentido, podemos mencionar: “Essas duas normas de remissões ou normas de envio fundam um ‘sistema processual integrativo’, levou a doutrina a afirmar que as disposições do Código de Processo Civil – aqui compreendido o CPC/1973 – são aplicáveis ao processo coletivo, desde que inexistam norma expressa dentro do microsistema e não transgrida seus princípios, isto é, ‘residual e não imediatamente subsidiário, pois, verificada a omissão no diploma coletivo especial, o intérprete, antes de angariar solução na codificação processual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microsistema coletivo.’ Em conclusão, afirma-se que a aplicação do Código de Processo Civil (CPC/1973) seria residual não integrativa” CARVALHO, Fabiano. O Princípio da eficiência no processo coletivo – Constituição, Microsistema do Processo Coletivo e Novo Código de Processo Civil. In: *Processo Coletivo*. (Coord.) Hermes Zaneti Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 8, Coordenador Geral, Fredie Didier Jr.

⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, 2ª edição, RT, 2011. DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. ALMEIDA, Gregorio de Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Para uma segunda tese doutrinária, para fins de verificação de qual deverá ser a norma aplicável ao caso concreto, imprescindível observarem-se os seguintes passos: a) definição dentro do núcleo duro, formado pelo CDC e LACP, qual norma deve ser aplicável; b) fora do núcleo duro, quais as normas das demais leis integrantes do microssistema deverão ser aplicadas; c) fora do microssistema, como devem ser aplicadas as normas do CPC.

Para este entendimento, assim como no anterior, o CPC/2015 não é parte integrante do microssistema da tutela coletiva e deve ser aplicável somente nos casos de inexistência de solução, ou seja, a aplicação será residual ou eventual, como querem alguns.⁹

Além de refutar, como faz a primeira tese, a presença do CPC/2015 no microssistema, esta segunda tese gera as seguintes indagações: a) existe alguma ordem de prevalência entre as normas integrantes do núcleo duro (essencial) do microssistema da tutela coletiva?; b) como deve ser resolvido o conflito entre as normas que compõem o núcleo duro (essencial) e as demais leis que compõem o microssistema da tutela coletiva?

Quanto ao primeiro questionamento, podemos assim sistematizar a divergência: a) para um primeiro entendimento, deve ser aplicada prioritariamente a LACP e de forma subsidiária o CDC¹⁰; b) para um segundo entendimento, deve ser aplicado prioritariamente o CDC e supletivamente a LACP quando o direito material veiculado na demanda versar sobre relação de consumo¹¹; c) para um terceiro entendimento, não há que se falar em existência de hierarquia entre as normas, mas em aplicação coordenada, pois, dependendo da necessidade de regulamentação, será aplicável uma ou outra. Ademais, a quase inexistência de conflitos entre as normas gera uma perfeita interação entre elas e, portanto, formam o núcleo duro (essencial).¹²

Quanto ao segundo questionamento, podemos assim sistematizar a divergência: a) para um primeiro entendimento, devem ser aplicadas as normas jurídicas do

⁹ “Por fim, a aplicação das normas existentes no Código de Processo Civil será imprescindível, mas para isso é indispensável que não exista norma expressa aplicável ao caso concreto dentro do próprio microssistema. Além disso, a norma processual presente no Código de Processo Civil não pode afrontar os princípios do processo coletivo estudados no Capítulo 5, o que leva a doutrina a afirmar que a aplicação não deve ser subsidiária, mas sim eventual.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁰ “Nos termos do art. 21, só se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor no que for cabível, o que significa dizer que algumas normas poderão ser apropriadas para a tutela específica de interesses dos consumidores, mas não servirão como regras para a tutela genérica dos interesses difusos e coletivos, prevista na Lei nº 7.347/1985. Necessário, pois, será o respeito a princípio da adequação, segundo o qual a incidência normativa só ocorre se a norma jurídica for competível com a natureza da tutela contemplada na lei da ação civil pública. Além disso, é preciso lembrar que a incidência do Código de Defesa do Consumidor é de natureza supletiva, ou seja, irradia sua eficácia naqueles espaços não preenchidos pela Lei nº 7.347/1985, e, repita-se, desde que haja adequação com a natureza da tutela.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹¹ NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. 1.

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

núcleo duro (essencial) e, caso não seja encontrada a solução, aplicar-se-ão as demais leis¹³; b) para um segundo entendimento, deverão ser aplicáveis as leis específicas que regulamentam a ação coletiva e, somente nos casos de omissão, deverão ser aplicadas as normas do núcleo duro (essencial), pois deve ser privilegiado o critério da especialidade;¹⁴ c) para um terceiro entendimento, com o qual nos filiamos, deve ser aplicada a norma mais benéfica à tutela do direito material, pouco importando se será aplicável a norma jurídica geral ou especial, pois o que deve ser buscado é sempre o resultado mais adequado e efetivo para a tutela da coletividade.¹⁵

Para uma terceira tese doutrinária, contudo, o CPC/2015 é parte integrante do microsistema da tutela coletiva e deve ser, portanto, seguido outro tipo de caminho para a aplicação do ordenamento jurídico. Considerando que o CPC/2015 tem eficácia direta¹⁶ nos processos coletivos e que passa a ser fonte do próprio microsistema, aplicação dar-se-á da seguinte forma¹⁷:

- a) aplicação direta do diploma legislativo que regulamenta a ação coletiva posta em análise;
- b) caso seja verificada omissão nesta regulamentação ou sendo esta insatisfatória, aplicam-se as normas do núcleo essencial do microsistema da tutela coletiva (normas do CDC e da LACP). Vale mencionar que, para alguns, o título III do CDC configura verdadeiro Código Brasileiro de Processos Coletivos;
- c) caso não seja encontrada solução para a hipótese, devem ser aplicadas as demais normas regulamentadoras dos demais processos

¹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2009.

¹⁴ GAJARODNI, Fernando da Fonseca. *Comentários à nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009. ALMEIDA, Gregório de Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo: volume único*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁶ Exemplos de eficácia direta: arts. 139, X; 333; 928 e 982, I, CPC.

¹⁷ "Ou seja: o CPC-2015, diferentemente do CPC-1973, passou a dialogar de outra maneira com o microsistema do processo coletivo, seja porque o pressupõe expressamente, seja porque incorporou a esse microsistema novas normas jurídicas. A relação com o microsistema passou a ser mão dupla, em um vaivém do núcleo para a periferia (centrífuga) e da periferia para o núcleo (centrípeta). A eficácia do CPC sobre esse microsistema deixou de ser exclusivamente supletiva, subsidiária ou residual e passou a ser, também, direta." DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017. No mesmo sentido, vale mencionar: "Trata-se de fato público e notório que a opção adotada como premissa quando da elaboração dos trabalhos legislativos do Código de Processo Civil/2015 foi não disciplinar o processo coletivo." (...) "Entretanto, não é correto afirmar que o texto do Código de Processo Civil/2015 não revelou nenhuma preocupação com os conflitos massificados." (...) "embora o Código não regule o processo coletivo, preocupou-se com a massificação de litígios ou, em outros termos, com os conflitos que se repetem em uma sociedade de massa, na medida em que procurou tratar da litigiosidade repetitiva por meio da valorização dos precedentes, da jurisprudência e das súmulas, utilizando essa linha de política legislativa para incrementar outras tendências reformistas que já se apresentavam nas modificações que ao longo dos últimos tempos foram realizadas no Código de Processo Civil/1973." LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição, revista ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015.

coletivos, pois, como já afirmado, todas as normas fazem parte do microsistema da tutela coletiva. Tais normas deverão ser aplicadas em regime de coordenação com as normas previstas no CPC/2015, desde que não conflitem com a lógica e com as próprias normas do microsistema e com a Constituição. Assim, forçoso concluir que o CPC passou a ser aplicável de forma direta aos processos coletivos e não mais de forma subsidiária, supletiva ou residual.

Trata-se de posição mais consentânea com o nosso sistema processual inaugurado com o CPC/2015, sendo, portanto, possível sustentar que o microsistema da tutela coletiva deve ser articulado em um diálogo de fontes com a Constituição da República e o CPC/2015.¹⁸

Assim, o CPC deixou de ser fonte meramente residual das questões processuais que não encontravam solução no microsistema, pois passou a ser norma integrante do próprio microsistema. O CPC/1973 aplicava-se de forma residual, mas não o CPC/2015.

Reflexos do Novo Código de Processo nos Processos Coletivos

O reflexo mais imediato e incontestado é a adoção do novo modelo de processo colaborativo, cooperativo ou participativo no qual todos os sujeitos do processo, com base nos princípios da boa-fé objetiva (art. 5º, CPC) e da cooperação (art. 6º, CPC), atuam na condução da relação jurídica processual, bem como para a resolução das questões processuais que surgirem.

Este novo modelo de processo adotado se aplica tanto aos processos individuais quanto aos coletivos. Há um policentrismo (assimétrico e simétrico ao mesmo tempo) que deverá ser observado em todas as fases processuais.¹⁹

¹⁸ “Igualmente, a recodificação empreendida com o CPC/2015 partiu da premissa de que o novo texto processual deveria manter sintonia fina com as diretrizes constitucionais, na linha do moderno entendimento acerca da posição e da função da Constituição como diploma central e orientador do ordenamento jurídico. Assim, o CPC/2015 foi idealizado para a concretização, no plano processual, dos valores constitucionais, apresentando, sob essa perspectiva, função participativa com os microsistemas, mormente para permitir uma ligação mais eficiente entre as diversas leis processuais e as normas constitucionais. Nesse novo paradigma, é estreme de dúvida reconhecer que o microsistema coletivo deve ser articulado em um diálogo de fontes com a Constituição e o CPC/2015. O CPC/2015, ao pressupor a existência de microsistemas, inclusive o do processo coletivo, e ao apresentar-se no sistema com o propósito de servir de ponte entre a Constituição e as demais leis, adere à intertextualidade imanente ao microsistema da tutela coletiva, conferindo-lhe maior coesão e funcionalidade constitucional. Portanto, se o CPC/1973 havia perdido sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, o CPC/2015 não será um mero diploma residual e irá retomar, com bases diversas, a comunicação com o microsistema, mantendo com ele um diálogo de especialidade, coordenação e influência, colocando-o na trilha dos objetivos constitucionais.” ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

¹⁹ O policentrismo será considerado assimétrico na tomada das decisões judiciais, pois trata-se de atuação exclusiva dos magistrados; será considerado simétrico quanto à condução da relação processual, notadamente diante da construção da ação mais adequada para a solução do caso concreto.

Este novo modelo assenta-se em diversas normas fundamentais, que deverão ser integralmente aplicáveis aos processos coletivos, tais como: a) o contraditório participativo através de seu quadrinômio²⁰ com a necessidade de ser observado o dever jurídico de consulta ou vedação à surpresa (arts. 7º, 9º e 10, CPC); b) sistema multiportas, por meio do qual o jurisdicionado, nos processos coletivos devidamente *representados* pelo legitimado coletivo, tem o direito de optar pela forma de acesso ao sistema jurisdicional (art. 3º, CPC); c) princípio da boa-fé objetiva (art. 5º, CPC); d) princípio da cooperação (art. 6º, CPC); e) aplicação dos vetores previstos no art. 8º, CPC para a adequada resolução do caso concreto; f) princípio da primazia da resolução do mérito (arts. 4º, 282, §2º, 317, 321, 488, 932, parágrafo único, 1029, §5º, 1032 e 1033, CPC)²¹ e g) princípio da adaptabilidade (arts. 139, VI e 329, §2º, CPC)²².

O Código de Processo Civil de 2015 tem, portanto, uma função, como demonstrada no tópico anterior, organizadora, flexível e aberta em relação ao microsistema, sem, contudo, contrariar as normas próprias da tutela coletiva, que devem ser preservadas.²³

A adoção do procedimento comum (princípio do procedimento único), conforme artigo 318, CPC, como regra geral gera repercussões claras nos processos coletivos, quando a norma que regular o processo coletivo e o microsistema forem omissos na regulamentação. Será, portanto, aplicável subsidiariamente o procedimento comum aos processos coletivos, de forma residual, como sustentado acima (artigo 318, parágrafo único, CPC).

O procedimento executório delineado no CPC/2015 será plenamente aplicável, de forma residual, aos processos coletivos, notadamente no tocante aos meios executórios e expropriatórios aplicáveis, procedimentos do cumprimento de sentença e execução, as causas suspensivas e extintivas da execução, bem como as defesas do executado (*vide* artigos 318, parágrafo único, 513 e 771, CPC). Destaca-se, contudo, a existência de regras expressas próprias da execução que manter-se-ão híginas e aplicáveis aos processos coletivos, tais como: a) mitigação do vínculo subjetivo ao título executivo que permite a possibilidade de outro legitimado coletivo promover a execução do título, mesmo que não tenha sido o responsável por sua formação; b) possibilidade da assunção da execução (artigos 16 e 17 da Lei nº 4717/1965 e 15 da Lei nº 7347/1985); c) habilitação das vítimas e seus sucessores para fins de

²⁰ O quadrinômio do princípio do contraditório participativo e efetivo é formado por estes quatro elementos indissociáveis: a) necessidade da informação; b) possibilidade da reação; c) dever jurídico de consulta prévia; d) possibilidade efetiva de influir na formação do convencimento do magistrado.

²¹ Impende salientar que, mesmo antes do advento do CPC/2015, a doutrina já sustentava a existência e aplicação deste princípio aos processos coletivos derivados dos artigos 5º, §3º e 15 da Lei nº 7347/1985 e 9º, 16 e 17 da LAP.

²² O princípio da adaptabilidade, de certa forma, já era aplicável aos processos coletivos em virtude do princípio da atipicidade das demandas coletivas previsto no art. 83, CDC.

²³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

promover a liquidação e a execução no plano individual (artigos 100 e 103, §3º, CDC) e d) possibilidade de pedido de reserva de quantia (artigo 99, CDC).

Assentadas as premissas decorrentes do novo modelo de processo civil, passo a enfrentar os mais relevantes reflexos nos processos coletivos causados pelo CPC/2015:

1. Do Poder Geral de Efetivação

O artigo 139, inciso IV, CPC/2015, positivou o denominado poder geral de efetivação do magistrado. Tal poder permite ao magistrado aplicar todas as medidas necessárias para efetivar o comando previsto no conteúdo de sua decisão. Visa, em primeira análise, a reforçar o poder estatal, na forma do escopo político supracitado. Entretanto, em análise mais detida, entendemos que o objetivo primordial da alteração é conferir maior efetividade aos comandos jurisdicionais.

No âmbito do CPC/1973, havia a previsão no artigo 461, que permitia atuação de ofício do magistrado para a efetivação do provimento final. Tal poder de efetivação também é previsto no artigo 11 da Lei nº 7347/1985 e artigo 84, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

Com o advento do CPC/2015, o poder geral de efetivação passa a ter uma configuração mais abrangente, pois poderá ser utilizada para qualquer comando jurisdicional, ainda que não seja de provimento final. Sobreleva notar que a ampliação do poder de efetivação abarcará os provimentos de cunho condenatório de reconhecimento de obrigação pecuniária. No ordenamento anterior, a previsão versava somente sobre as prestações de obrigações não pecuniárias.

Assim, o magistrado poderá determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Entendemos que o legislador acertou ao não elencar todas as medidas possíveis, mas, sim, ao referir-se somente aos gêneros, permitindo, com isso, a utilização de todo e qualquer meio, direto ou indireto, que reputar o mais adequado e razoável para a efetivação da prestação jurisdicional.

2. Dilação de Prazos Processuais

O artigo 139, inciso VI, CPC/2015, trouxe inovação bastante interessante para o controle dos prazos processuais e da duração razoável do processo. Esta norma permite ao juiz dilatar os prazos processuais. Tal dilação, conforme determina o parágrafo único do artigo 139, somente poderá ser determinada antes do encerramento do prazo fixado, sob pena de reconsideração da preclusão temporal. Portanto, podemos concluir que a dilação dos prazos processuais não poderá ensejar o afastamento da preclusão temporal. Não será aplicável tal dispositivo aos casos de prescrição e decadência, posto prazos materiais.

Entretanto, impende salientar que o Superior Tribunal de Justiça²⁴ já permitiu a aplicação da suspensão dos prazos materiais, quando a norma versava somente sobre prazos processuais. No caso, a parte alegava que o recesso forense, que somente se refere aos prazos processuais, poderia alcançar os prazos materiais de prescrição e decadência.

3. Alteração da Ordem da Produção das Provas

O artigo 139, inciso VI, segunda parte CPC/2015, preconiza regra inédita em nosso ordenamento jurídico processual ao permitir ao magistrado alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

Tal poder não poderá ser confundido com a determinação judicial de inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, pois a norma em comento não determina a inversão do ônus da prova previsto no artigo 373 CPC/2015.

Entendemos que a norma em comento se amolda mais a uma das consequências advindas da adoção da dinamização do ônus da prova prevista no artigo 373, §1º CPC/2015, pois o legislador permitiu a ordem da produção das provas, desde que seja indispensável para a efetivação da tutela jurisdicional, bem como para adequar às situações jurídicas individuais das partes.

Esta inversão na ordem de produção, que será uma decisão interlocutória (artigo 203, §2º CPC/2015), deverá ser proferida antes do início da instrução probatória com o fim de evitar surpresa às partes.

4. Poder de Polícia do Magistrado

O artigo 139, inciso VII, CPC/2015, preconiza regra jurídica que já era verificada na prática, mas que carecia de uma regulamentação mais precisa no Código de Processo Civil.

O magistrado poderá, ou melhor, deverá exercer, no âmbito de suas atribuições, o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais. Tal exercício será efetivado em casos mais extremos que possam comprometer a segurança de todos os envolvidos.

²⁴ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRORROGAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NO CASO DE IMPLEMENTAÇÃO DO TERMO *AD QUEM* DURANTE O RECESSO FORENSE. Na hipótese em que o Tribunal suspenda, por força de ato normativo local, os atos processuais durante o recesso forense, o termo final do prazo prescricional que coincidir com data abrangida pelo referido recesso prorroga-se para o primeiro dia útil posterior ao término deste. A Corte Especial do STJ uniformizou o entendimento de que o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória prorroga-se para o primeiro dia útil seguinte, caso venha a findar no recesso forense, sendo irrelevante a controvérsia acerca da natureza do prazo para ajuizamento da ação, se prescricional ou decadencial, pois, em ambos os casos, o termo *ad quem* seria prorrogado (REsp 667.672-SP, DJe 26/6/2008). Desse modo, na linha do precedente da Corte Especial e outros precedentes do STJ, deve-se entender cabível a prorrogação do termo *ad quem* do prazo prescricional no caso. Precedentes citados: REsp 969.529-SC, Primeira Turma, DJe 17/3/2008; e REsp 167.413-SP, Primeira Turma, DJ 24/8/1998. REsp 1.446.608-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 21/10/2014.

O poder de polícia do magistrado, porém restrito aos atos praticados durante a realização das audiências judiciais, encontra previsão no artigo 360 CPC/2015.

5. Determinação de Comparecimento Pessoal das Partes

O artigo 139, inciso VIII, CPC/2015, preconiza que o magistrado poderá determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso.

Esta mudança consagra a possibilidade do magistrado exercer atividade probatória direta, posto destinatário direto da prova. Entretanto, para que esta mudança não sirva de escudo para a prática de atos violadores aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (artigo 5º, incisos LIV e LV CR/1988), o magistrado deverá sempre cientificar os representantes processuais das partes para acompanharem o ato. Deverá ser intimado, também, o membro do Ministério Público, nos casos de sua intervenção.

O magistrado poderá convocar somente uma das partes ou ambas, porém, ainda que convoque somente uma das partes, deverá cientificar aquelas que não foram convocadas, sob pena de vulneração dos princípios constitucionais já referidos.

A norma não se refere às testemunhas e auxiliares do juízo, portanto, entendemos que o ato previsto no artigo em testilha somente será aplicável às partes.

Resta saber, porém, se a convocação poderá ser exercida nos casos de substituição processual, pois há uma cisão do conceito de parte na hipótese. A substituição processual poderá ser verificada em processos individuais e coletivos. Na hipótese de substituição processual, sinônimo de legitimidade extraordinária, haverá uma clara cisão entre a parte material e a parte formal. Apesar da cisão, o substituto processual ostenta completa autonomia para a condução do processo, pois atua em nome próprio na defesa de interesse alheio.

A parte material (substituída), titular do direito material deduzido em juízo, será substituída na relação processual. A parte formal (substituto), por sua vez, é aquela que, apesar de não titularizar o direito material posto em juízo, atua no plano processual.

Assim, diante desta nítida cisão, entendemos que a convocação, nos casos de substituição processual nos processos civis individuais, deverá ser direcionada para a parte material (substituída). Nos processos coletivos, em virtude das dificuldades inerentes, a convocação deverá ser direcionada ao substituto processual. O ato, que terá nítido conteúdo probatório, deverá ser reduzido a termo, com a devida assinatura dos presentes e colacionado aos autos para maior transparência.

O magistrado ao realizar tal convocação, que deverá ser instrumentalizada por meio de intimação, justificará de forma expressa a necessidade do comparecimento pessoal, pois as partes poderiam prestar os esclarecimentos necessários por escrito. Assim, entendemos que somente será justificada a realização de tal convocação para comparecimento pessoal quando for imprescindível para o correto deslinde do feito.

A sua aplicação, contudo, nos processos coletivos somente ocorrerá nos casos concretos nos quais restar indispensável o depoimento pessoal das partes. Considerando que as demandas coletivas são propostas por legitimados que não titularizam o direito material deduzido em juizo²⁵, tal dispositivo deverá ser utilizado somente nos casos em que a parte que figurar no polo passivo puder prestar depoimento pessoal, como na Aao Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa.

6. Saneamento dos Vícios e Irregularidades Processuais

O artigo 139, inciso IX, CPC, preconiza, com nítido fulcro no princípio da instrumentalidade das formas (artigos 277 e 283 CPC), a possibilidade do juiz determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais. O magistrado permitirá às partes a correao dos vícios antes de determinar a decretaao das invalidades processuais.

Com tal norma, o legislador expressamente acolheu a necessidade de conferir à efetividade da tutela jurisdiccional maior importância do que a observância do formalismo exacerbado existente em nosso ordenamento. Nada mais é do que uma mitigaao do rigor imediato dos casos previstos nos artigos 330 e 485, incisos IV, V e VII CPC/2015.

O poder jurisdiccional previsto neste artigo poderá ser aplicado em qualquer momento processual, mas o legislador fixou um momento processual mais bem delimitado, conforme artigo 357 CPC, que é o do saneamento do processo.

Trata-se de novidade deveras salutar para a melhor consecuaao do princípio do acesso à justiça (artigo 5o, inciso XXXV CR/1988).

Assim, o juiz, antes de proferir decisão sem resoluao de mérito, deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício, conforme artigo 317 CPC. Não sendo solucionado o defeito, no prazo fixado, o juiz deverá aplicar uma das soluçoes, conforme o momento processual, preconizadas nos artigos 330 e 485, incisos IV, V e VII CPC.

Esta possibilidade foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justia²⁶ ao permitir que o impetrante de um mandado de segurança possa corrigir a indicaao erronea da autoridade coatora em sua inicial.

²⁵ Sujeitos indetermináveis, indeterminados, porém determináveis ou determinados, conforme o interesse tutelado.

²⁶ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INDICAAO EQUIVOCADA DA AUTORIDADE COATORA EM INICIAL DE MS. Nos casos de equívoco facilmente perceptível na indicaao da autoridade coatora, o juiz competente para julgar o mandado de segurança pode autorizar a emenda da petiao inicial ou determinar a notificaao, para prestar informaçoes, da autoridade adequada – aquela de fato responsável pelo ato impugnado –, desde que seja possível identificá-la pela simples leitura da petiao inicial e exame da documentaao anexada. De fato, nem sempre é fácil para o impetrante identificar a autoridade responsável pela concretizaao do ato que entende violador de seu direito líquido e certo. A nova Lei do Mandado de Segurança (Lei não 12.016/2009), entretanto, trouxe importante dispositivo em seu art. 6o, 3o, que muito contribuiu para a soluao do problema, permitindo ao julgador, pela análise do ato impugnado na exordial, identificar corretamente o impetrado, não ficando restrito à eventual literalidade de equivocada indicaao. Precedente citado: AgRg no RMS 32.184-PI, Segunda Turma, Dje 29/5/2012. RMS 45.495-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 26/8/2014.

Trata-se de aplicação do princípio da primazia da solução do mérito, conforme suprarreferido, previsto nos artigos 4º, 282, §2º, 317, 488, CPC. Este princípio, a bem da verdade, não é novidade em nosso ordenamento, pois já era aplicado nos processos coletivos (arts. 5º, §3º, LACP e 9º, LAP).

7. Intimação dos Legitimados Coletivos sobre a Existência de Demandas Repetitivas

O artigo 139, inciso X, CPC²⁷, preconiza o poder-dever do magistrado oficial os legitimados coletivos cientificando-se-lhes acerca da existência de diversas demandas individuais repetitivas.

Tal notificação tem o condão de cientificação para a propositura da Ação Coletiva respectiva, conforme a literalidade da norma. Entretanto, a melhor interpretação será no sentido de adotar as medidas processuais e extraprocessuais típicas da tutela coletiva, pois existem outras formas de debelar os conflitos decorrentes de ameaças e lesões aos interesses transindividuais, tais como termo de ajustamento de conduta (art. 5, §6º da LACP) e recomendação (Resolução 164 do CNMP).

A notificação, por certo, não enseja um caráter vinculativo, mas informativo, pois os legitimados coletivos cientificados não estarão jungidos a promover as demandas coletivas, sem análise detida dos fatos apresentados, apesar da existência do princípio da obrigatoriedade.²⁸

Diferentemente do processo individual, no qual está presente a *facultas agendi* característica do direito subjetivo individual, o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público e da obrigatoriedade.

Para análise da incidência do princípio supracitado, impende destacar as seguintes premissas: I) os interesses transindividuais têm natureza social e relevância pública, sendo peculiarizados pela indisponibilidade; II) os legitimados para agir em juízo na defesa destes interesses não são os titulares dos mesmos, mas sim “representantes” da própria coletividade; III) os legitimados de forma autônoma não atuam em defesa de posições jurídicas próprias, mas de terceiros, que não têm a faculdade legal de estarem presentes em juízo ou extrajudicialmente para manifestarem-se quanto aos interesses transindividuais envolvidos.

O princípio da obrigatoriedade significa que, se identificados no caso concreto os pressupostos da situação material que tornem necessária a propositura de demanda coletiva, não poderá o *Parquet* ou outro legitimado coletivo furtar-se ao

²⁷ O art. 7º, LACP versa sobre o mesmo tema.

²⁸ “Trata-se aqui de estimular os legitimados às ações coletivas a ajuizarem a ação (que só poderá ser em defesa de direitos individuais homogêneos). Não se especifica, porém, que as ações individuais ficarão suspensas – ressalvados os casos em que a suspensão ocasionaria prejuízos ao demandante individual – nem se os autores de demandas individuais poderão ingressar no processo coletivo *como* litisconsortes.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Coletivização de ações individuais após o veto*. Novo Código de Processo Civil. Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar. Editora Saraiva. 2015.

ajuizamento da ação. Tanto isso é verdade que alguns autores sustentam tratar-se de uma *obrigatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade*.²⁹

Assim, conclui-se pela aplicação do princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva, desde que presentes todos os pressupostos e requisitos ensejadores do exercício judicial da pretensão. Aliás, a obrigatoriedade deve incidir sobre a tutela da coletividade e não sobre a demanda coletiva, pois, como dito, os legitimados coletivos têm outros instrumentos à disposição para a solução adequada e efetiva do conflito.

Tal notificação é uma grande e necessária novidade sob dois prismas: a) evitará multiplicidade de demandas, reduzindo o número de ações em curso perante o Judiciário (molecularização dos litígios); b) evitará o risco de decisões judiciais conflitantes.

A notificação não terá o condão de converter as demandas individuais em repetitivas, pois, caso o legitimado coletivo cientificado promova a demanda coletiva, não impedirá o prosseguimento das diversas demandas individuais.

Caso as demandas repetitivas versem sobre a mesma matéria de direito (tese jurídica), a notificação prevista neste artigo deverá ensejar a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no artigo 976 CPC.

A adoção da norma em comento poderá ensejar a concomitância entre demandas coletivas e individuais, mas não acarretará o reconhecimento da litispendência, entretanto, os autores das ações individuais deverão ser formalmente cientificados, no bojo de suas próprias ações, para optarem pelo prosseguimento, suspensão ou desistência das suas ações, conforme o caso (*fair notice e right to opt in/out*).³⁰ O Superior Tribunal de Justiça, porém, fixou precedente em sede de julgamento de recursos repetitivos no sentido da possibilidade do juízo da ação coletiva, *ex officio*, suspender a tramitação das ações individuais em curso quando versarem sobre o mesmo tema.³¹

Impende salientar que a legitimação coletiva, conforme indicação no artigo em comento, prevista nos artigos 5º da Lei nº 7347/1985 e 82 do Código de Defesa do Consumidor, é concorrente e disjuntiva (artigo 129, §1º CR/1988), ou seja, a atuação processual de um dos legitimados não condiciona ou impede a atuação dos demais.

²⁹ MELLO FERRAZ, Antônio Augusto Camargo de *et alii*. *A ação civil pública e a tutela dos interesses difusos*. Cit, p.42. No mesmo sentido: “Não vamos chegar ao extremo de dizer que a atividade do Ministério Público, aí, seja ilimitadamente discricionária, ficando a critério do órgão a propositura ou não da ação. No entanto, verificando que não há suporte legal para o ajuizamento da ação, ou, ainda, que não é oportuna ou conveniente essa propositura, poderá deixar de exercê-la.” MILARÉ, Édís; *Ação Civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo. Saraiva. 1990, p.11.

³⁰ Artigos 104 do Código de Defesa do Consumidor, 22, §1º da Lei nº 12016/2009 e 13, parágrafo único da Lei nº 13300/2016.

³¹ 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 macrolide 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 nº 11.672, de 8.5.2008). 3 – Recurso Especial improvido. (REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).

Os legitimados coletivos deverão ser notificados atentando-se para a legitimidade e representatividade adequada. O Ministério Público, Defensoria Pública e a Fazenda Pública deverão ser notificados em atenção ao âmbito de suas atuações funcionais.

O Ministério Público será notificado para todas as hipóteses de atuação na tutela coletiva, pois sua legitimação ativa coletiva é ampla e abrange todos os interesses transindividuais (artigos 127 e 129, inciso III CR/1988; artigos 81 e 90 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 21 da Lei nº 7347/1985)³².

A Defensoria Pública somente deverá ser notificada para atuação nos interesses individuais transindividuais referentes aos hipossuficientes (artigos 134 CR/1988 e 4º, incisos VII e VIII da Lei Complementar nº 80/1994). O Supremo Tribunal Federal, no bojo do julgamento da ADI 3943, entendimento com o qual não concordamos, conferiu legitimação ampla para esta instituição na propositura das demandas coletivas.³³

A Fazenda Pública deverá ser notificada para atuar, preferencialmente, nas hipóteses de ressarcimento ao erário. Os legitimados coletivos da esfera privada (associações, sindicatos e congêneres) deverão ser notificados atentando-se para a legitimidade e representatividade adequada (*adequacy of representation*), ou seja, o âmbito de suas atividades deve ser congruente com o objeto das demandas.

Fixadas as premissas, impende verificar situação semelhante, qual seja, a da existência de demanda individual com efeitos coletivos.

³² STJ. 3ª Turma. REsp 1099634. 08/05/2012. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE PÚBLICO. SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO ADEQUADA. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ. 2. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. 3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública que visa à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme inteligência dos arts. 129, III da Constituição Federal, arts. 81 e 82 do CDC e arts. 1º e 5º da Lei nº 7.347/1985. 4. A responsabilidade de todos os integrantes da cadeia de fornecimento é objetiva e solidária. Arts. 7º, parágrafo único, 20 e 25 do CDC. 5. A falta de acesso à informação suficiente e adequada sobre os créditos existentes no bilhete eletrônico utilizado pelo consumidor para o transporte público, notadamente quando essa informação foi garantida pelo fornecedor em propaganda por ele veiculada, viola o disposto nos arts. 6º, III e 30 do CDC. 6. Na hipótese de algum consumidor ter sofrido concretamente algum dano moral ou material em decorrência da falta de informação, deverá propor ação individual para pleitear a devida reparação. 6. Recurso especial parcialmente provido.

³³ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI Nº 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI Nº 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS *STRITO SENSU* E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INC. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015).

Na denominada ação individual com efeitos coletivos³⁴, há uma demanda individual, porém, em virtude do pedido formulado, os efeitos da sentença atingem a coletividade. Um exemplo deste tipo de demanda é a denominada ação de dano infecto proposta com lastro no direito de vizinhança³⁵. O resultado da demanda, sujeito à eficácia subjetiva da coisa julgada material, operar-se-á *inter partes*, porém, reflexamente atingirá todos circunscritos nos arredores.

Em verdade, na situação apresentada, haverá uma ação meramente individual com o fim de apreciar um direito meramente individual (puro), mas, por estar conectado a uma circunstância de fato geradora de direito ou interesse transindividual (difuso), gera benefícios para a coletividade titular do direito.³⁶

O benefício referido ocorre no âmbito dos fatos, pois o indivíduo não pode, no plano jurisdicional, tutelar um direito transindividual, ou seja, tal direito não pode ser objeto de uma demanda individual. Inegável, porém, que o resultado da demanda repercutirá no seio da coletividade, mormente nos casos de procedência do pedido formulado, mas os membros desta coletividade não poderão realizar o transporte *in utilibus* da sentença, por se tratar de processo individual.

Não se trata de um indivíduo apropriando-se individualmente de um interesse transindividual, pois isso não é juridicamente possível, na medida em que tais interesses são indivisíveis. No entanto, factível sustentar que os interesses transindividuais podem apresentar uma dimensão no plano individual. Como no exemplo citado acima, o morador tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (dimensão coletiva do direito transindividual) e à observância do direito de vizinhança (dimensão individual do direito transindividual).³⁷

³⁴ "Ação ajuizada como sendo individual, mas na verdade, em função do pedido, os efeitos da sentença podem acabar atingindo a coletividade. Assim se um indivíduo, invocando seu direito subjetivo, afirma ter direito a uma prótese importada, que está excluída do seu plano de saúde, pedindo a revisão de uma cláusula contratual, de duas uma: ou o juiz só determina que a prótese lhe seja fornecida, e estará tratando a ação como individual; ou determina que a cláusula contratual seja revista, para beneficiar a todos, tratando o pedido individual como tendo efeitos coletivos. Neste segundo caso, teremos uma ação individual com efeitos coletivos". Texto extraído do Relatório de Pesquisa da FGV e CEBEPEJ http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf com o objetivo de avaliar a prestação jurisdicional individual e coletiva a partir da judicialização da saúde.

³⁵ Na doutrina, há outros exemplos: "Os exemplos são variados: Um cadeirante que ingressa com ação judicial para obrigar a Municipalidade a oferecer, num determinado trajeto, veículo com as especificidades necessárias ao seu transporte; um morador que, incomodado com o transtorno que uma feira livre lhe causa, ingressa com ação judicial para proibir sua realização; um sujeito que, inconformado com uma propaganda enganosa, que fere a sua inteligência e boa-fé, ingressa com ação judicial para retirá-la dos meios de comunicação; um sujeito que, entendendo que determinada intervenção em monumentos mantidos em praças públicas viola o seu direito a apreciar o patrimônio histórico e cultural, ingressa com ação para proibir tal conduta; um ouvinte de rádio que ingressa com ação para retirar a 'Voz do Brasil' da programação com o argumento que tem o direito de ouvir músicas e informações no tempo que dura o programa oficial." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

³⁶ "A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do direito à tranquilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termo concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produzam efeitos apenas em relação ao autor individual." MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A legitimação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas*. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Ada Pellegrini Grinover... [et al.], Coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

³⁷ "Também pode ocorrer, como já analisado na parte introdutória do presente tópico, que o direito ou interesse difuso apresente dimensão individual. Nesses casos, se o indivíduo sofrer lesão ou ameaça

Em casos assim, há, a rigor, a proteção de um direito transindividual como decorrência do exercício e o acolhimento de uma pretensão individual.

Caso o magistrado verifique a potencialidade, apesar de a narrativa ser meramente individual, do resultado da demanda repercutir na seara da coletividade, deverá notificar os legitimados coletivos dando-lhes ciência para a adoção das medidas pertinentes. Tal notificação não poderia estar lastreada no art. 139, X, CPC, posto aplicável quando existirem demandas repetitivas sobre o mesmo tema. O fundamento jurídico de tal notificação deve ser o art. 7º da LACP.³⁸ O destinatário imediato de tal notificação deve ser o Ministério Público, pois a sua legitimação ativa é a mais ampla entre os legitimados coletivos. Os demais deverão somente ser cientificados observadas as suas respectivas atribuições.

Com tal atuar, o magistrado evitará que a demanda repercuta no seio da coletividade sem que os legitimados coletivos tenham ciência, mas não resolve a questão de ordem prática, pois a demanda continuará em curso e não há a obrigatoriedade para que os legitimados efetivamente atuem, conforme já afirmado.

Assim, surgem duas situações que merecem, ao menos, uma reflexão: a) poder-se-ia sustentar a inadmissibilidade da demanda individual com efeitos coletivos?; b) qual será a consequência jurídica advinda da inércia dos legitimados coletivos cientificados?

Alguns autores sustentam que demandas desta natureza deveriam ser tratadas como coletivas, pois, apesar do supedâneo fático e de a pretensão exercida individualmente, há evidente repercussão coletiva. Esta repercussão, por si só, denota que o tratamento deve ser de processo coletivo e, sendo assim, poder-se-ia alegar a inadequação da via procedimental eleita e, com isso, gerar a inadmissibilidade da demanda.³⁹

Não concordamos com o tratamento de demanda coletiva, pois, conforme dito acima, trata-se de ação meramente individual que terá a aplicação das regras

diretas em sua esfera de direito, em decorrência da violação também de direito difuso (meio ambiente, por exemplo), ele poderá vir a juízo para buscar a tutela do seu direito, conforme lhe assegura a Constituição (art. 5º, XXXV), o que também atinge por via reflexa, no mundo dos fatos, direito difuso. O processo no caso é individual e não coletivo. Ocorre que o indivíduo, ao pedir que seja cessada, por exemplo, determinada atividade industrial que o está atingindo diretamente em sua residência pela poluição desenfreada, ele acaba por beneficiar, em caso de procedência do pedido, uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que são os titulares do direito ou interesse difuso em questão. Assim, essa comunidade de pessoas indeterminadas acaba sendo beneficiada de alguma forma, por força dos reflexos no mundo dos fatos dos efeitos da decisão proferida na ação individual. No mundo dos fatos poderá não haver forma de cessar a atividade em relação ao indivíduo lesado diretamente, sem que com isso não esteja beneficiando a comunidade titular do direito difuso ao meio ambiente equilibrado. O que na verdade haverá na ação individual, na hipótese levantada, é a apreciação de direito individual puro, que, por estar ligado às mesmas circunstâncias de fato geradoras do direito ou interesse difuso, acaba beneficiando, repita-se – no mundo dos fatos e não do direito, pois o direito difuso não poderá ser objeto de ação individual –, a respectiva comunidade de pessoas titulares do direito ao meio ambiente equilibrado.” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva. 2003. p.496.

³⁸ A depender do tema versado na demanda, poderá o juiz fulcrar a sua notificação nas seguintes normas: art. 221 do ECA e arts. 89 e 98 do Estatuto do Idoso.

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

procedimentais do CPC (art. 318) e não do microsistema da tutela coletiva⁴⁰. Assim, o resultado da demanda será, no prisma subjetivo, *inter partes*. Nada obstante, os efeitos fáticos poderão atingir a esfera da coletividade, mas os membros desta não ficarão jungidos à sua imutabilidade (efeito no mundo do direito).⁴¹

Não podemos concordar com a tese da inadmissibilidade da demanda individual, sob pena de vulnerar, de forma insuperável, o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/1988), pois não se trata de defesa de interesse difuso através de demanda individual, mas da tutela de um interesse individual decorrente de interesse difuso. É o que se denomina direito difuso de dimensão individual.⁴² Caso a demanda individual promova a pretensão coletiva de tutela de interesse difuso, por óbvio, deverá ser inadmitida por inadequação da via eleita, mas na hipótese em testilha, a demanda é juridicamente possível e deve ser objeto da prestação e da entrega da tutela jurisdicional do estado.⁴³

⁴⁰ Na doutrina, há quem aponte o problema na certificação da ação como coletiva ou individual e, diante disso, as demandas deverão receber o tratamento correspondente. “A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançando o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A legitimação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas*. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Ada Pellegrini Grinover... [et al.], Coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁴¹ Vale mencionar que o art. 506, CPC, permite a conclusão de que foi adotado o regime *in utilibus* na sentença, pois o resultado do processo não pode prejudicar terceiros, mas pode gerar benefícios.

⁴² “No que tange aos direitos difusos de dimensão individual, tendo em vista que o indivíduo poderá ser atingido diretamente em sua esfera de direito subjetivo, a Constituição Federal garante-lhe o acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Todavia, o que ele irá buscar, via tutela jurisdicional, não é a proteção de um direito difuso, cujo titular é uma coletividade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas de seu direito subjetivo, diretamente atingido. A ação, o processo e coisa julgada, na hipótese, pertencem ao direito processual individual; são aplicáveis, assim, as disposições processuais do CPC. O que se nota na hipótese é que, tendo em vista que se trata de um direito cujo bem jurídico tutelado é, no mundo dos fatos, de impossível divisão, a procedência do pedido formulado na ação individual ajuizada poderá atingir, favoravelmente, no mundo dos fatos – provocando até mesmo efeitos análogos aos da procedência do pedido da Ação Coletiva, caso fosse ajuizada –, a comunidade de pessoas indeterminadas, titular do respectivo direito difuso. Cita-se, como exemplo, a questão ambiental (...).” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva. 2003. p.528.

⁴³ “Parece que esta é uma forma de contornar o óbice da inconstitucionalidade, que consiste na violação ao princípio segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário. A vedação do caminho individual só existiria, segundo esse raciocínio, para os direitos que definitivamente não apresentam essa dimensão individual. Observe-se que, na verdade, não se trata propriamente de uma vedação, senão que como o indivíduo, isoladamente, nada tem a ver com esse direito, não pode estar em juízo formulando pretensão a seu respeito, uma vez que o interesse não tem dimensão individual. Por outro lado, admitir que a via da defesa individual, ficaria bloqueada, e não se estabelecer a necessidade do litisconsórcio, seria inconstitucional porque violaria o princípio da ampla defesa: se um direito meu está sendo discutido, e se a respeito dele vai haver uma decisão, eu tenho de ser cientificado para poder, se quiser, estar presente.” WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Ada Pellegrini Grinover... [et al.], Coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O Superior Tribunal de Justiça, em *obiter dictum*, reconheceu a possibilidade de os indivíduos ameaçados ou lesados promoverem uma demanda individual, ainda que o interesse subjacente, em uma visão macro, fosse difuso.⁴⁴

Vale lembrar que o indivíduo, salvo na condição de cidadão para fins de propositura da ação popular (art. 5º, LXXII, CR/1988 c/c art. 1º, LAP), não ostenta legitimidade ativa para a condução de um processo coletivo⁴⁵, ainda que verse sobre direito individual homogêneo (art. 81, p.u., III, CDC). O que o ordenamento permite é a sua intervenção individual em processo coletivo, na forma do art. 94, CDC c/c art. 18, p.u., CPC e a sua intervenção como cidadão-eleitor nos casos em que a demanda coletiva proposta por um legitimado coletivo tenha o mesmo objeto de uma possível ação popular (art. 1º LAP).

Caso o juiz decida aplicar a norma do art. 139, X, CPC, conforme sugerido acima, para cientificar os legitimados coletivos e seja verificada a sua inércia, surge a necessidade de enfrentar a consequência jurídica inerente. O CPC não resolve o problema, pois limita-se a indicar que os legitimados serão cientificados para a propositura da demanda coletiva.

⁴⁴ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MAU USO DA PROPRIEDADE VIZINHA (DEPÓSITO DE LIXO MUNICIPAL). AÇÃO CAUTELAR E AÇÃO PRINCIPAL COM PRECEITO COMINATÓRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIA RÉFLEXAMENTE CONSTITUCIONAL: COMPETÊNCIA DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – Vizinhos ajuizaram ação cautelar, seguida de ação principal com preceito cominatório, para que o Município se abstivesse de utilizar antiga pedreira como depósito de lixo. O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, sem interdição do depósito: “o interesse de poucos não podia prevalecer sobre o interesse de muitos”. O Tribunal de Justiça, ao dar provimento parcial à apelação dos autores, manteve o funcionamento do depósito até que fosse concluída a usina de reciclagem do lixo. Levantou, também, a ilegitimidade ativa dos autores: a pendenga deveria ser resolvida através de ação civil pública. II – Os autores se acham ativamente legitimados para as ações, pouco interessando que o mesmo suporte fático também possa desencadear ação civil pública. No caso concreto, os autores se insurgem contra o mau uso de propriedade vizinha (CC, art. 554). III – Acórdão que fala *obiter dictum* em “meio ambiente” dá ensanchas a recurso especial, e não a recurso extraordinário. IV – Recurso conhecido e provido. (REsp 163.483/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/1998, DJ 29/03/1999, p.150).

⁴⁵ Com uma bela síntese sobre as críticas à Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas, podemos mencionar as lições de Larissa Claire Pochmann da Silva: “No Brasil, a não inclusão expressa da legitimidade do indivíduo para a ação civil é associada a uma má experiência com a ação popular, em que o legitimado é o cidadão. Destaca Eurico Ferraresi que o que se temia era a ‘banalização das demandas coletivas’, a partir do raciocínio de que o ‘brasileiro não está preparado para utilizar judicialmente as ações coletivas’. Se pudesse utilizá-las, poderia gerar ‘inúmeras repercussões perniciosas que, mesmo nos casos de improcedência, jamais poderão ser reparadas.’ De acordo com José Carlos Baptista Puoli, nem a condenação por litigância de má-fé, hoje prevista no artigo 17 da Lei nº 7.347/1985, nem os filtros normais do sistema processual atual bastarão para o controle da atuação da pessoa física nas demandas coletivas, já que, na prática, seriam recursos pouco utilizados. Ademais, sustenta-se que muitas vezes os lesados sequer conhecem seus direitos e ficarão em situação de desvantagem em face do autor das lesões, que possui maior potencial econômico para contratar bons profissionais para seu assessoramento, produzir provas e arcar com os custos processuais. Além desses argumentos, ainda caberia afirmar que a legitimação individual nas ações coletivas pertence ao ordenamento jurídico estadunidense, estando em desacordo com as tradições e raízes jurídicas brasileiras. Aponta-se, por fim, uma falta de interesse do indivíduo para defender interesses difusos, na medida em que inexistiriam vantagens econômicas diretas em seu patrimônio. Assim, pode-se perceber que todos os argumentos que rechaçam a atuação do indivíduo estão relacionados aos valores altos de custas processuais e de honorários advocatícios, ao seu despreparo para atuar em nome da coletividade e à falta de interesse de agir, se for considerado que sua lesão é de um valor muito pequeno diante do valor total de todos os afetados.” SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. LMJ Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. 2013. p.163/164.

Considerando que o Ministério Público é o principal legitimado coletivo (posto responsável pela maioria das demandas coletivas propostas) ativo, a solução pode ser encontrada em nosso próprio sistema. Na hipótese do Ministério Público quedar-se inerte, apesar de o CPC sequer fixar um prazo para a sua manifestação, poder-se-ia sustentar a ciência ao Procurador Geral de Justiça (art. 28, CPP) para ratificar ou não a inércia do membro do Ministério Público, mediante aplicação analógica das regras do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação remetidas pelo órgão jurisdicional (art. 40, CPP). A melhor solução, a meu sentir, seria a aplicação da norma do art. 139, X, CPC, com a fixação de um prazo para que o legitimado coletivo se manifeste. Findo o prazo, sem manifestação expressa ou com manifestação expressa em sentido negativo, nos casos do Ministério Público, deverá o magistrado remeter as peças de informação ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º da LACP), por aplicação analógica do sistema de arquivamento do inquérito civil, para o devido reexame da manifestação do membro. Não há a necessidade de utilização do CPP, pois o próprio microsistema da tutela coletiva nos indica a melhor solução.

A questão ganha novos contornos quando o art. 139, X, CPC, for usado para cientificar os demais legitimados coletivos referidos. Nestes casos, findo o prazo fixado pelo juiz, sem manifestação expressa ou com manifestação expressa negativa, deverá ser cientificado o Ministério Público para ciência e adoção das medidas pertinentes.

Não é demais lembrar que, ao contrário do que ocorre no processo penal⁴⁶, não há no processo coletivo a possibilidade de ajuizamento de ação civil privada subsidiária da pública, por ausência de previsão legal. Entretanto, há quem sustente, de *lege ferenda*, esta possibilidade.⁴⁷ Apesar de reconhecer a ausência de amparo legal para a possibilidade do indivíduo promover uma ação civil privada subsidiária, há a necessidade de, ao menos, enfrentar o tema, pois nem sempre os legitimados coletivos poderão ou quererão agir, seja por questões afetas às suas atribuições funcionais (nos casos do Ministério Público, da Fazenda Pública e da Defensoria Pública) ou por falta na localidade de representantes da sociedade civil organizada.⁴⁸

Para parte da doutrina, negar a possibilidade do indivíduo ostentar legitimidade ativa para a propositura da demanda coletiva é criar uma vedação ao seu acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/1988), pois restringiria o exercício judicial de sua pretensão somente

⁴⁶ Com a possibilidade de ajuizamento de uma ação penal privada subsidiária da pública.

⁴⁷ Impende salientar, contudo, que no âmbito do direito empresarial, há a possibilidade de uma legitimidade extraordinária subordinada derivada da inércia do legitimado originário, conforme se verifica no art. 159, §3º da LSA. Há, na doutrina, quem sustente a possibilidade de utilização do mesmo sistema do processo penal ao processo coletivo, através da criação, de *lege ferenda*, da Ação Civil Privada Subsidiária da Pública. SANTOS, Ana Lucia Torres. *Ação Civil Privada Subsidiária da Pública e a Legitimidade do Cidadão na Ação Civil Pública*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Defesa em 1º de agosto de 2010.

⁴⁸ "A questão é que se aguarda uma atuação de um dos legitimados, em uma presunção criada de que eles irão atuar quando nem sempre irão. Contudo, basta que não haja uma associação no local do dano, que o cargo da promotoria ou da defensoria estejam vagos ou simplesmente que a região do dano seja afastada da atuação dos legitimados para que tenham ciência da lesão ou da ameaça à lesão a direitos, que não haverá a ação coletiva ajuizada." SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. LMJ Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. 2013.

aos casos de processos individuais. Afirmar a possibilidade de tal legitimação acarreta, a rigor, uma efetivação dos direitos fundamentais. Ademais, segundo este entendimento, vedar a sua legitimidade ativa acarretaria a possibilidade de manter-se uma situação de ameaça e/ou lesão ao direito material subjacente enquanto os legitimados coletivos ficam inertes.⁴⁹ Seguindo este entendimento, tanto o indivíduo afetado pelo evento quanto algum que não seja afetado poderá ostentar a legitimação ativa, mas sem afastar a possibilidade do controle *ope iudicium* da representatividade adequada, em virtude da inexistência de previsão legal expressa da sua legitimidade (controle *ope legis*).⁵⁰

Em suma, sobre a possibilidade de um indivíduo tutelar interesse transindividual, podemos apontar as seguintes posições: a) inadmissibilidade da atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas por absoluta ausência de previsão legal; b) possibilidade de atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas somente nos casos de inércia dos legitimados coletivos, através da ação civil privada subsidiária da pública e c) possibilidade de atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas diretamente com base no princípio do acesso à justiça com o devido controle judicial da representatividade adequada no caso concreto.

8. Coletivização das Demandas Individuais

O CPC/2015 preconizou a coletivização das demandas individuais através do emprego de técnicas e incidentes, quais sejam: i) intimação dos legitimados coletivos para ajuizamento de demanda coletiva (artigo 139, inciso X); ii) conversão de ação individual em ação coletiva (artigo 333) e iii) incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976).

Estas técnicas fazem parte do microssistema da teoria dos precedentes, pois têm como objetivo conferir segurança jurídica e isonomia, na medida em que evitam dispersão de precedentes em mesma situação jurídica ensejadora das demandas.

⁴⁹ “Especificamente sobre a legitimidade na tutela coletiva, não atribuir legitimidade ao indivíduo é denegar o seu acesso à justiça. O indivíduo não deve ter sua atuação restrita ao processo individual, apenas aguardando a atuação dos legitimados previstos na legislação. Em uma visão constitucional do processo civil, não faria sentido deixar um direito ficar exposto a uma lesão reiteradamente ou que uma ameaça de lesão a direito se transforme em uma lesão efetiva a direito. (...). Dessa forma, o que se pretende não é afirmar que o indivíduo deve atuar ou deve ser o único legitimado, mas sim que a legitimidade deve ser ampla para a tutela coletiva, de modo que as lesões ou ameaças de lesão a direitos transindividuais não deixem de ser tutelados.” SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. LMJ Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. 2013.

⁵⁰ “Como a atuação do indivíduo enquanto legitimado ativo na ação civil pública não possui previsão legal expressa, poderia simplesmente se adotar o controle pelo juiz no caso concreto, ao fundamento de que esta atuação não estaria abrangida pelo sistema de legitimação *ope legis*. Este seria o melhor raciocínio para se instrumentalizar a atuação do indivíduo como legitimado ativo para a ação civil pública sem precisar realizar mudanças no sistema. (...).” Todavia, em relação ao indivíduo será possível aferir a sua credibilidade, sua capacidade, sua representatividade perante o grupo, bem como seus conhecimentos em relação à lesão ou ameaça de lesão que pretende tutelar. Pode não ser ele o afetado pelo dano, mas deve ter conhecimento da tutela que buscará em juízo. É importante garantir que o indivíduo não atue como legitimado ativo para buscar apenas suas pretensões individuais: deve trazer a juízo as pretensões da classe.” SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. LMJ Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. 2013.

A *intimação dos legitimados coletivos para ajuizamento de demanda coletiva*, que será abordada em tópico abaixo, visa reunir ações individuais repetitivas em uma única ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos.

A *conversão de ação individual em ação coletiva*, que foi vetada e, portanto, não ingressou em nosso ordenamento jurídico, tinha como objetivo precípua coletivizar as ações propostas como individuais, quando, na verdade, deveriam ter sido propostas como ações coletivas em defesa de direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Este instituto deveria ser aplicado aos casos de ações individuais com efeitos coletivos (artigo 333, inciso I), bem como aos casos de ações pseudoindividuais (artigo 333, inciso II).

Neste ponto, impende destacar as diferenças entre ações meramente/puramente/tipicamente individuais, individuais com efeitos coletivos e pseudoindividuais.

As *ações puramente/meramente/tipicamente individuais* são aquelas em que a pretensão também é pessoal, veiculando um direito subjetivo. Nestes casos, o resultado da demanda atingirá a esfera jurídica das partes, na forma do artigo 506, CPC/2015.

As *ações individuais com efeitos coletivos* são aquelas ajuizadas como individuais, mas cujo resultado, ainda que indiretamente, atingirá a todos. São ações que, em função do pedido, os efeitos da sentença atingem a própria coletividade.

As *ações pseudoindividuais* são aquelas lastreadas em uma relação, fática ou jurídica, de direito material incindível/indivisível que, por via de consequência, deve receber uma tutela jurisdicional unitária. Assim, o pedido formulado na demanda, embora baseado em interesse subjetivo, deveria ter sido formulado coletivamente.

O *incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*, que será estudado em capítulo próprio, ao qual remetemos o leitor, tem por finalidade a fixação de tese jurídica que será aplicável aos casos futuros, quando existirem demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito, material ou processual.

As demandas repetitivas, portanto, poderão ser objeto da técnica prevista no artigo 139, inciso X, e do IRDR. Entretanto, os objetivos e efeitos são diversos.

A técnica prevista no artigo 139, inciso X, tem por objetivo provocar a propositura de uma demanda coletiva para a obtenção de eficácia subjetiva *erga omnes*, na forma do artigo 103, inciso III, CDC.⁵¹ Com o julgamento da demanda coletiva, haverá óbice para a propositura de outras demandas coletivas, caso o resultado seja diverso da improcedência por insuficiência de provas.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por sua vez, tem por objetivo a uniformidade da aplicação do ordenamento jurídico através da fixação de uma tese jurídica que valerá para todos os processos que versarem sobre a mesma questão de direito. Assim, cada caso novo, que verse sobre a mesma questão de direito, ensejará a realização de um novo julgamento para aplicação da tese jurídica fixada.

⁵¹ Adotamos a nomenclatura apresentada por estar prevista literalmente no CDC, mas sustentamos que a nomenclatura correta seria *erga victmae*, pois a eficácia subjetiva não atinge a todos de forma indistinta, mas sim às vítimas do evento.

9. Direitos Repetitivos e Direitos Individuais Homogêneos⁵²

Os direitos repetitivos são parecidos com os individuais homogêneos, mas, ao invés de decorrerem de uma origem comum, de fato e de direito, são apenas semelhantes.⁵³ As demandas repetitivas têm fundamento em situações jurídicas homogêneas, mas possuem um perfil que não permite circunscrevê-las aos direitos individuais homogêneos.⁵⁴

Caso existam diversas demandas em curso versando sobre a mesma questão de fato (fato de origem comum), poderá, conforme a hipótese, ensejar a necessidade de coletivização da demanda (não se trata de conversão da demanda individual em coletiva, posto vetada!) através da propositura de Ação Coletiva (Ação Civil Pública), com fulcro no artigo 81, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8078/1990. Na hipótese de fato de origem comum, com sujeitos determinados, que pertencem a uma coletividade, poderá ser identificado interesse individual homogêneo. Os direitos individuais, quando coexistirem por uma origem comum, darão vida ao direito individual homogêneo.⁵⁵

10. Sistema do *Fair Notice e Right to Opt In or Out* Aplicável aos Processos Coletivos que Veiculam Direitos Individuais Homogêneos

No estudo do processo coletivo comum, notadamente quando existir a concomitância de demandas coletivas e demandas individuais sobre o mesmo tema, exsurge, de imediato, indagação a respeito da estabilidade das relações jurídicas subjacentes, ante a inegável possibilidade de proferimento de decisões judiciais conflitantes.

O objetivo do presente estudo não é de aprofundar a abordagem do processo coletivo e seus consectários lógicos, mas imprescindível abordar alguns aspectos que poderão ser atingidos por este novo sistema testilhado.

O legislador, prevendo a necessidade de equacionar os problemas resultantes dos litígios em massa, positivou as demandas coletivas com o fito de resolver, no bojo de um único processo judicial, todas as questões envolvidas, por meio da atuação de um legitimado coletivo.

⁵² O tema referente às questões repetitivas e às demandas coletivas foi devidamente aprofundado no capítulo acerca dos tipos de demandas individuais e coletivas.

⁵³ “Os titulares dos direitos repetidos não formam uma coletividade além daquela que só pode ser constatada no caso concreto, analisando-se quem tem um direito semelhante a outro.” (...) “se considerou como repetitivas as demandas provenientes de situações de fato ou relações jurídicas idênticas, baseadas exatamente nos mesmos fundamentos legais. Com isso, ‘a identidade de fundamento legal que gerou a demanda e a base de incidência fática comum confere ao litígio grau máximo de semelhança. O que muda é apenas e exclusivamente o nome das partes.’” WURMBAUER JUNIOR, Bruno. *Novo Código de Processo Civil e os direitos repetitivos*. Editora Juruá, 2015.

⁵⁴ “São demandas-tipo, decorrentes de uma relação modelo, que ensejam soluções-padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar.” BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 186, p.87-98, ago 2010, p.90.

⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização dos interesses individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 72, p.13, out/dez 2009. VIAFORE, Daniele. *As ações repetitivas no Direito Brasileiro*. Editora Livraria do Advogado. 2014.

Entretanto, o sistema processual coletivo, instaurado através das inúmeras normas jurídicas, não impede o ajuizamento de demandas individuais correlatas às demandas coletivas. A ausência deste impedimento resta evidente nos artigos 103, §§ 1º ao 3º, e 104, do Código de Defesa do Consumidor, e artigo 22, §1º, da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12016/2009).

Este sistema prevê a necessidade de intimação, no bojo da demanda individual, do autor da ação para que, no prazo decadencial de trinta dias, exerça o direito de optar (*right to opt*) entre o sistema de inclusão (*right to opt in*) ou o de exclusão (*right to opt out*) da demanda coletiva proposta.

A intimação (*fair notice*) é indispensável para a configuração do sistema, pois a mera publicidade preconizada no artigo 94, do CDC, não tem o condão de garantir a plena ciência da existência de demandas coletivas, versando sobre a mesma situação jurídica das demandas individuais correlatas. Caso não seja conferida ao autor da ação individual a oportunidade processual de se manifestar, restará relegado a oblvio o princípio do acesso à justiça (artigo 5, inciso XXXV, da Constituição da República), bem como o princípio da efetividade da tutela jurisdicional (artigo 5, inciso LIV, da Constituição da República).

Por este sistema, caso o autor individual queira beneficiar-se do resultado jurídico da demanda coletiva, deverá se manifestar de forma expressa, dentro do prazo fixado, e requerer sua suspensão. Por outro lado, caso o seu desejo seja o de manter-se imune ao resultado da demanda coletiva, bastará sua inércia no prazo fixado. Somente poderá valer-se do transporte *in utilibus*, previsto no artigo 103, §3º, do CDC, o autor individual que optar pela suspensão da sua demanda.

A despeito da semelhança entre as redações, o sistema preconizado na Lei do Mandado de Segurança e na Lei do Mandado de Injunção determina que o impetrante da demanda individual, dentro do prazo decadencial de trinta dias, devidamente intimado para tal desiderato, deverá desistir de sua impetração para se beneficiar do resultado da demanda coletiva.

Tal sistema viola, a nosso sentir, as normas jurídicas ínsitas nos artigos 5, inciso XXXV e LXIX, da Constituição da República, pois retira do cidadão o seu direito de acesso à justiça por meio da utilização de remédio jurídico constitucional adequado. Contudo, para evitar o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma com a devida pronúncia de sua invalidade, aplicar-se-á o microssistema da tutela coletiva. Assim, as normas jurídicas dos artigos 22, §1º, da Lei nº 12016/2009 e 13, parágrafo único da Lei nº 13300/2016, deverão ser lidas na forma prevista no artigo 104, CDC.

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça, através da sua Segunda Seção, mesmo antes do advento do CPC/2015, aplicou a principal consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas. No bojo do Recurso Especial nº 1.110.549/RS⁵⁶, admitido pelo sistema de recursos repetitivos, fixou entendimento

⁵⁶ "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,

no sentido da possibilidade da suspensão automática das ações individuais, quando houver a propositura de demanda coletiva sobre o mesmo tema.

À guisa de conclusão, o sistema do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no CPC/2015, retira do autor da demanda individual o seu direito de optar por prosseguir ou suspender sua demanda individual, pois permite a suspensão *ope legis* (artigo 982, I, CPC) das demandas individuais e coletivas quando versarem sobre situações jurídicas homogêneas.

A questão mais relevante, no sentido da aplicação prática deste incidente, é saber se haverá revogação tácita das normas da tutela coletiva que trazem a previsão do sistema do *fair notice* e *right to opt in or out* (artigos 104 do Código de Defesa do Consumidor, 22, §1º, da Lei do Mandado de Segurança e 13, parágrafo único da Lei do Mandado de Injunção).

Considerando as premissas fixadas nos tópicos anteriores, a propositura de ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos é um claro indício de que há a possibilidade de multiplicação de demandas individuais com mesmo fundamento e objeto.

A rigor, há similaridade entre as ações coletivas que tutelam interesses individuais homogêneos e o incidente em testilha. Entretanto, as semelhanças se encerram somente na primeira análise, qual seja, de resolução da mesma questão posta em juízo, atingido o seio da coletividade e evitando, com isso, a multiplicação das demandas. Após análise mais detida, conforme doutrina de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Ferverza Cantoario, verifica-se que os institutos são deveras diversos⁵⁷.

As ações coletivas possuem as seguintes características:

- a) Ação acidentalmente coletiva que agrega inúmeras pretensões individuais que poderiam ter sido propostas autonomamente;
- b) O objeto da cognição enseja um exame conjunto de questões comuns de fato e de direito, pertinentes a uma série de pretensões individuais;
- c) A eficácia da decisão, além de formadora de título executivo judicial, gera projeção *erga omnes*, a depender do resultado da demanda (*secundum eventus litis*). Haverá possível vinculação à autoridade da coisa julgada material;

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 nº 11.672, de 8.5.2008). 3.– Recurso Especial improvido”.

⁵⁷ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.) et al. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro. Forense, 2011. Na opinião de Marinoni, tratar-se-ia de incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.177.

d) O titular da pretensão não poderá exercê-la, portanto, será o legitimado coletivo o responsável pela propositura da demanda. Apesar desta restrição, será possível a interveno individual na forma do artigo 94 do CDC;

e) A suspensão da demanda individual seguirá as regras dos artigos 104 do CDC e 22, 1, da Lei n 12016/2009. Trata-se de suspensão opcional que deverá ser requerida no prazo decadencial de trinta dias, contados da intimação do autor da ação individual.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, por seu turno, possui as seguintes características:

a) Trata-se de procedimento de resolução de questão jurídica controvertida, comum a várias ações reais, as quais mantm sua autonomia procedimental;

b) O objeto da cognição consiste no exame conjunto das questões de direito;

c) A decisão acarretará uma vinculação  resolução da questão jurídica. Trata-se de precedente vinculante com projeção *erga omnes* da *ratio decidendi*, da tese jurídica geral reconhecida;

d) Tero legitimidade para suscitar o incidente as partes: o Ministério Público, a Defensoria Pública, o relator e o juiz;

e) Haverá suspensão obrigatória dos processos individuais em que se controverta a respeito da mesma questão jurídica objeto do incidente.

Assim, diante das características dos institutos, podemos concluir pela manutenção do regime previsto para os processos coletivos em frente aos processos individuais que versarem sobre a mesma questão de direito. Em outras palavras, as normas jurídicas, ínsitas nos artigos 104 do CDC e 22, 1, da Lei n 12016/2009, manter-se-o hgidas diante do incidente de resolução de demandas repetitivas.

11. Recorribilidade das Decisões Interlocutórias e o Regime da Preclusão Imediata

O CPC/2015 modificou de maneira substancial o regramento conceitual, recorribilidade e o regime de precluso das decisões interlocutórias (intermédias).

O artigo 203, §2º, CPC/2015, preconiza um conceito por exclusão das decisões interlocutórias, ou seja, não indica expressamente o conceito, apenas afirma que será todo ato judicial decisório que não esteja abrangido pelo conceito legal de sentença previsto no artigo 203, §1º, CPC.

Podemos afirmar, portanto, que a decisão interlocutória pode possuir o conteúdo típico de uma sentença (artigos 485 e 487, CPC), desde que não acarrete o seu efeito típico de encerrar uma das fases do processo (cognitivo ou executivo). Caso o ato judicial tenha o conteúdo previsto nos artigos citados, mas acarrete a resolução parcial (parcela do elemento subjetivo ou objetivo da demanda), antecipada será, também, uma decisão interlocutória, conforme preconizam os artigos 354, parágrafo único e 356, §5º, CPC.

Além da mudança conceitual, o CPC/2015 alterou o regime da recorribilidade e da preclusão das decisões interlocutórias. Com o advento do novel diploma, as decisões interlocutórias passaram a ser agrupadas da seguinte forma: a) decisão interlocutória agravável sujeita ao regime de preclusão imediata; b) decisão interlocutória não agravável recorrível sujeita ao regime de preclusão postecipada e c) decisão interlocutória não agravável irrecorrível.

As decisões interlocutórias agraváveis encontram-se dispostas no rol taxativo previsto no artigo 1015, CPC. Apesar de ser taxativo, é plenamente factível sustentar a possibilidade de uma interpretação extensiva das hipóteses previstas. Impende salientar, contudo, que, nos casos previstos no parágrafo único, todas as decisões interlocutórias serão recorríveis, pois o legislador não indicou quais seriam as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. Nestas decisões interlocutórias, o regime de preclusão será imediato, caso não seja interposto o respectivo recurso de agravo de instrumento. Vale mencionar que, apesar da ausência da previsão expressa no rol do artigo 1015, CPC, o ato judicial que recebe a inicial da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa é passível de agravo de instrumento, conforme artigo 17, §10 da Lei nº 8429/1992. Em verdade, esta norma prevista na lei de improbidade administrativa encontra lastro no inciso XIII do artigo 1015, CPC. Tal hipótese, com base no microssistema da tutela coletiva, deverá ser aplicável aos demais processos coletivos. Assim, possível sustentar que tal ato, ao menos nos processos coletivos⁵⁸, terá natureza jurídica de decisão interlocutória agravável.

As decisões interlocutórias não agraváveis recorríveis são aquelas que não estão abrangidas pelo rol taxativo do artigo 1015, CPC, bem como não podem ser objeto da interpretação extensiva. Tais decisões deverão ser objeto de impugnação através do recurso de apelação ou nas contrarrazões da apelação (espécie de recurso subordinado), conforme a hipótese. Somente haverá preclusão das decisões interlocutórias caso as partes não realizem a impugnação na forma do artigo 1009, §1º, CPC, portanto, o regime de preclusão é o postecipado (em momento processual posterior).

⁵⁸ Nos processos individuais, existe divergência doutrinária sobre o tema, mas que não será enfrentado neste momento, por fugir ao propósito do tópico.

As decisesões interlocutórias não agraváveis irrecorríveis são aquelas que não permitem, como a própria classificação faz supor, a interposiçāo do agravo de instrumento (artigo 1015, CPC) ou até mesmo a impugnaçāo posterior através da apelaçāo ou das contrarrazões (artigo 1009, §1º, CPC). Há previsões expresas gerando a impossibilidade jurídica da impugnaçāo recursal, tais como: artigos 138 c/c 950, §3º, CPC (decisāo interlocutória que admite a intervençāo do *amicus curiae*, apesar da redaçāo do artigo 1015, IX, CPC); artigo 382, §4º, CPC (decisāo interlocutória proferida no bojo do procedimento da produçāo antecipada de provas), e artigo 1007, §6º, CPC (decisāo interlocutória que releva a pena de deserçāo).

Apesar destas mudançās ocorridas no CPC, reputamos inaplicáveis aos processos coletivos. Nos processos coletivos, todas as decisesões interlocutórias são agraváveis sujeitas a regime jurídico da preclusāo imediata, portanto, inaplicável a classificaçāo dicotômica (agravável e não agravável) das decisesões interlocutórias. O artigo 19, §1º da Lei nº 4717/1965, preconiza expressamente que as decisesões interlocutórias proferidas ao longo do processo de Açāo Popular serāo passíveis de agravo de instrumento.⁵⁹ Deste modo, com espeque no microsistema da tutela coletiva (artigos 21 da Lei nº 7347/1985 c/c 90 da Lei nº 8078/1990), tal norma serā aplicável aos demais processos coletivos.⁶⁰

Impende destacar, também, o contexto histório no qual se encontra inserida norma do artigo 19, §1º da Lei nº 4717/1965. À época da sua promulgaçāo, o sistema da recorribilidade das decisesões interlocutórias era deveras semelhante ao que ora se apresenta no CPC/2015, pois o cabimento do recurso de agravo de instrumento e do agravo no auto processo estava condicionado à presençā das hipóteses taxativamente previstas nos artigos 842 e 852 do CPC/1939, respectivamente.⁶¹

⁵⁹ "Art. 19. A sentençā que concluir pela carência ou pela improcedência da açāo estā sujeita ao duplo grau de jurisdiçāo, nāo produzindo efeito senāo depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a açāo procedente caberā apelaçāo, com efeito suspensivo. §1º Das decisesões interlocutórias cabe agravo de instrumento. §2º Das sentençās e decisesões proferidas contra o autor da açāo e suscetíveis de recurso, poderā recorrer qualquer cidadāo e também o Ministério Público."

⁶⁰ "Na aplicaçāo do art. 1015, XIII, do Novo CPC deve ser destacado o art. 19, §1º, da Lei nº 4717/1965. Nos termos deste dispositivo, das decisesões interlocutórias proferidas na açāo popular é cabível agravo de instrumento. Acredito, inclusive, que por forçā do microsistema coletivo a norma deva ser aplicada a todos os processos coletivos e nāo só à açāo popular. Ou seja, todas as decisesões interlocutórias proferidas em açāo popular, mandado de segurançā coletivo, mandado de injunçāo coletivo, açāo civil pública e açāo de improbidade administrativa, sāo recorríveis por agravo de instrumento, pela aplicaçāo conjunta dos arts. 1015, XIII, do Novo CPC e do 19 da Lei nº 4717/65 inspirada pelo microsistema coletivo." NEVES, Daniel Amorim Assumpçāo. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ediçāo. p.1559. Editora Juspodivm. No mesmo sentido, vale destacar: "A regra do art. 19, §1º, da Lei nº 4717/1965 configurava-se como uma especializaçāo do procedimento da açāo popular, em relaçāo ao procedimento comum previsto no CPC-1939. Mantém-se a regra, atualmente, como uma especializaçāo do procedimento da açāo popular em relaçāo ao procedimento comum previsto no CPC-2015. Assim, incide a regra do §2º do art. 1046 do CPC-2015: '§2º – Permanecem em vigor as disposiçōes especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicarā supletivamente este Código.'" DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 3. p.262. Editora Juspodivm.

⁶¹ "A Lei de Açāo Popular foi promulgada ao tempo do CPC-1939, cujo sistema de impugnaçāo das decisesões interlocutórias previa o cabimento do agravo de instrumento (art. 842, CPC-1939), em hipóteses típicas, e o agravo no auto do processo, em outro rol de hipóteses típicas (art. 852, CPC-1939)." DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 3. p.261. Editora Juspodivm.

Como argumento de reforço à tese da recorribilidade ampla, podemos mencionar o artigo 1046, §2º, CPC/2015, que, de forma expressa, mantém a vigência das leis especiais (*disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis*) que não foram expressamente revogadas pelo artigo 1072, CPC/2015.

Resta saber se esta hipótese de cabimento de agravo de instrumento deve ser inserida no artigo 1015, XIII⁶² ou no 1015, parágrafo único, CPC/2015⁶³. Penso ser indiferente para fins de fulcrar a possibilidade de recorribilidade ampla das decisões interlocutórias no processo coletivo, posto decorrência direta da norma da Lei de Ação Popular, mas, para fins meramente teóricos, o fulcro mais correto deva ser o artigo 1015, parágrafo único, CPC, pois o próprio legislador não indicou hipóteses de recorribilidade, mas a possibilidade de recurso de agravo de instrumento de forma genérica (rol exemplificativo). No artigo 1015, XIII, CPC/2015, por outro lado, ressaltou a possibilidade de normas jurídicas especiais indicarem outras hipóteses de recorribilidade, podendo tratar-se, seguindo a ideia central do próprio artigo, de rol taxativo.

12. Tutelas Provisórias no CPC/2015 e a Repercussão nos Processos Coletivos

O CPC/2015, no tocante às outrora nominadas tutelas de urgência, doravante denominadas tutelas provisórias, preconizou regras inéditas, bem como apresentou teses consolidadas na doutrina e jurisprudência e readequou alguns institutos. Com o fim de facilitar a visualização, sem prejuízo da abordagem em seguida, listamos as principais mudanças neste tema:

a) O legislador sistematizou as tutelas de urgência. Com o advento do CPC/2015, o gênero será Tutela Provisória, composta das seguintes espécies: tutela de urgência e tutela de evidência. A tutela de urgência poderá ser cautelar ou antecipada, conforme a hipótese. Em ambos os casos, tais tutelas poderão ser antecedentes ou incidentais. Tais tutelas correspondem ao que a doutrina atual denomina de tutela de segurança. Por outro lado, o legislador positivou a tutela de evidência de forma expressa. Tal medida, já consagrada na doutrina, tinha previsão no artigo 273, inciso II, CPC/1973, mas sem a utilização expressa deste *nomem iuris*.

b) O Processo Cautelar, como processo autônomo, deixa de existir. As medidas cautelares, então existentes, serão requeridas no bojo do mesmo processo, sem a necessidade de instauração de relação jurídica processual nova.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª edição. p.1559. Editora Juspodivm.

⁶³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 3. p.262. Editora Juspodivm.

c) Apesar da extinção do processo cautelar autônomo, manter-se-á a instauração de nova relação jurídica processual nas hipóteses de tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente (artigo 305 CPC/2015). Isso nada mais é do que uma nova sistematização da antiga ação cautelar incidental (artigos 801, inciso III c/c 806 e 808, inciso I do CPC/1973).

d) A tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente poderá, ou não, ao contrário do sistema do CPC/1973, ensejar a existência de duas relações jurídicas processuais autônomas. O artigo 308, §1º, CPC/2015, preconiza a possibilidade de o requerente formular, nos mesmos autos, o pedido cautelar e o pedido principal. No artigo 308, *caput*, CPC/2015, consta regra semelhante à existente no artigo 806, CPC/1973.

e) As medidas cautelares típicas ou nominadas deixam de existir como regulamentação autônoma. A rigor, houve uma supressão dos procedimentos cautelares nominados ou típicos. Assim, tais medidas, dispostas em rol exemplificativo no artigo 301, CPC, não ostentam mais procedimentos cautelares especiais respectivos e deverão, portanto, seguir o procedimento comum, conforme artigo 318, CPC.

f) As medidas cautelares típicas, existentes à época do CPC/1973, poderão ser concedidas, a despeito da inexistência de procedimento próprio delineado. Serão, portanto, concedidas no bojo de um processo, mas como objeto de uma tutela provisória.

g) As tutelas de urgência foram reunidas sob um mesmo livro, ensejando estudo conjunto com premissas semelhantes, tal como delineado à época do CPC/1973, em seu artigo 273, §7º, que previa a fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar. O legislador, ante a proximidade conceitual, regulamentou tais modalidades de tutela jurisdicional em um único título. Apesar de a tutela antecipada ser tratada pelo legislador como uma modalidade de tutela jurisdicional, trata-se de técnica de decisória para antecipar os efeitos práticos do provimento jurisdicional final (tutela jurisdicional definitiva).

h) Não há previsão legal expressa, tal como havia no CPC/1973 (artigo 273, §7º), de fungibilidade entre as tutelas de urgência, mas é plenamente possível sustentar a aplicação ampla da fungibilidade, conforme artigo 305, parágrafo único, CPC.

i) Não há mais previsão expressa do poder geral de cautela, como havia no artigo 798, CPC/1973. O CPC/2015 somente se refere ao poder geral de efetivação das medidas de urgência já deferidas, conforme artigos 139, IV e 297. Apesar disso, é factível sustentar a manutenção do poder geral de cautela.

j) Não há mais referência expressa à possibilidade de concessão *ex officio* de medidas cautelares (artigo 798 CPC/1973).

k) Não há referência expressa às tutelas jurisdicionais inibitórias, apesar de tais medidas restarem consolidadas na doutrina e jurisprudência. Entretanto, tal modalidade de tutela jurisdicional ainda poderá ser utilizada com fulcro nas seguintes normas jurídicas: artigo 5º, inciso XXXV, CR/1988; artigos 139, inciso IV, 536, §1º e 538, §1º, CPC/2015; artigo 84, §5º Código de Defesa do Consumidor e artigo 11 da Lei nº 7347/1985.

l) previsão de requerimento da tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, quando a urgência for concomitante ao ajuizamento da demanda e a possibilidade da sua estabilização, conforme artigos 303 e 304, CPC.

Para os fins deste tópico, faremos uma pequena introdução sobre o tema e as suas principais mudanças e abordaremos, ato contínuo, duas possíveis repercussões nos processos coletivos: a) tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a sua estabilização; b) aplicabilidade do art. 308, CPC aos processos de improbidade administrativa.

Com o advento da novel codificação, surgiu um novo gênero de tutela jurisdicional, denominado Provisória. A Tutela Provisória, dotada de sumariedade e precariedade, tem por objetivo antecipar provisoriamente os efeitos da tutela jurisdicional definitiva. Esta modalidade de tutela jurisdicional contém, conforme redação do artigo 294, CPC, as seguintes espécies: Tutela de Urgência (ou de Segurança) e a Tutela de Evidência.

A Tutela de Urgência (artigo 300, CPC) subdivide-se em: tutela de urgência cautelar e tutela de urgência antecipada.

A Tutela de Urgência, que gera, a rigor, a antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva, poderá, ainda, ser satisfativa ou cautelar. A tutela satisfativa, chamada de antecipada, poderá ser de urgência ou de evidência. A tutela cautelar, por seu turno, sempre será de urgência.

Por fim, no que pertine ao momento processual do requerimento da tutela jurisdicional, as tutelas provisórias de urgência (antecipada ou cautelar) poderão ser requeridas de forma antecedente ou incidental (artigos 299, 303 e 305, CPC). A tutela de evidência, ao reverso, somente poderá ser requerida de forma incidental (artigo 311, CPC).

Apesar de a nova sistematização facilitar a compreensão dos institutos, não há que se confundi-los com as medidas liminares. As medidas liminares ou simplesmente liminares (termo já difundido na praxe dos tribunais) refletem somente uma técnica decisória de concessão de uma medida de urgência (vale mencionar o artigo 311, parágrafo único, CPC). Em outros termos, a denominada medida liminar significa que o magistrado apreciou, para conceder ou rejeitar, a medida de urgência requerida *in limine litis*, ou seja, no início da relação jurídica processual, antes de qualquer manifestação do demandado e, até mesmo, antes de sua citação.

As medidas liminares, por tal razão, poderão ter como objeto todas as medidas de urgência conhecidas. Assim, as medidas liminares incluem todas as tutelas provisórias.

Feito o introito, vamos enfrentar as repercussões da nova sistemática nos processos coletivos. Toda a nova sistematização das tutelas provisórias, inclusive a possibilidade de requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente com a possibilidade de estabilização (artigos 303 e 304, CPC)⁶⁴, será plenamente aplicável aos processos coletivos. O artigo 4º da Lei nº 7347/1985⁶⁵ não afasta a aplicabilidade das normas das tutelas provisórias aos processos coletivos, pois refere-se somente à possibilidade do ajuizamento de ação cautelar para os fins de proteger os interesses previstos no artigo 10 da mesma lei. Os artigos 12 da Lei nº 7347/1985, 5º, §4º da Lei nº 4717/1965⁶⁶ e 7º, III da Lei nº12016/2009⁶⁷, por sua vez, trazem somente previsões genéricas, permitindo ao órgão jurisdicional a concessão de tutela provisória em caráter liminar. Há, contudo, que adequar a redação da norma do artigo 12 da Lei nº 7347/1985, pois, em verdade, não haverá mais a necessidade de ajuizamento de ação cautelar, mas a formulação do pedido cautelar (em caráter antecedente ou em caráter incidental).

Nada obstante à aplicabilidade das regras das tutelas provisórias aos processos coletivos, imprescindível abordar os seguintes aspectos: a) qual será o marco processual no procedimento da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa para fins de estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente? b) qual deverá ser o procedimento aplicável quando for requerida tutela provisória de urgência cautelar em caráter antecedente?

No confronto analítico entre a sistematização das tutelas provisórias e o procedimento da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, surge a seguinte indagação: *para fins de estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, qual deverá ser o marco processual?*

Para responder aos termos da indagação, mister apresentar a sistematização do tema no CPC/2015.

O legislador criou instituto substancialmente novo com o artigo 303, CPC/2015. Trata-se de uma tutela provisória de urgência de segurança, cujo objetivo é a obtenção de tutela antecipada de forma antecedente. A tutela antecipada, no âmbito do

⁶⁴ Informamos ao leitor que o tema não será enfrentado, pois carece de abordagem específica e perfunctória, portanto, refoge ao objetivo do presente trabalho. Ademais, não há regra prevista no microssistema que possa afastar a sua aplicabilidade.

⁶⁵ “Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

⁶⁶ “Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.”

⁶⁷ “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.”

CPC/1973, conforme artigo 273, tinha como objetivo a antecipação dos efeitos práticos do provimento jurisdicional. A essência do referido instituto não foi alterado com o advento do CPC/2015, mas, sim, sua forma de requerimento.

Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva.⁶⁸ Trata-se de tutela provisória de segurança que exige, portanto, a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* é representado pela necessidade da exposição da lide e do direito que se busca realizar. O legislador não mais exige a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, pois se contenta com a mera exposição do direito material da parte. O *periculum in mora* é representado pelo perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. O legislador não mais exige a demonstração de que o dano é irreparável ou de difícil e incerta reparação.

Assim como no ordenamento anterior, o legislador refere-se somente ao requerimento por meio de uma inicial e ao pedido final. Desta forma, será mantida a celeuma acerca da possibilidade de o réu formular tal requerimento ou se o instituto permanecer de uso exclusivo, conforme a literalidade da norma, da parte autora. Entendemos que tanto o autor quanto o réu poderão formular tal requerimento. O réu, contudo, somente poderá formular tal requerimento quando formular pedido em sentido técnico, ou seja, quando pleitear algum objeto (da demanda) para si. Não poderá formular tal requerimento quando se limitar a oferecer peça de resistência sem pedido respectivo.

O requerimento sob a égide do CPC/1973 ocorria no bojo de uma demanda já ajuizada (caráter incidental) ou no bojo da inicial proposta (o que hoje se entende por antecedente), com capítulo próprio. Não havia cisão no procedimento quando a parte formulava requerimento de tutela antecipada. Com o CPC/2015, apesar da manutenção da essência do instituto, haverá uma radical alteração na forma de requerimento da tutela antecipada de forma antecedente, pois o legislador indicou a necessidade de uma espécie de cisão no requerimento inicial.

Nos casos em que a urgência for prévia ou concomitante ao ajuizamento da demanda, a parte poderá, em sua inicial, limitar-se a requerer a tutela antecipada e a somente indicar o pedido principal. Este seria o primeiro momento processual da demanda.

O segundo momento processual da demanda somente surgirá no caso de deferimento da tutela antecipada. Com o deferimento do requerimento, a parte deverá formular aditamento da inicial para complementar os seus argumentos e ratificar o pedido final. Este segundo momento será estudado no próximo tópico.

Esta cisão não é obrigatória, pois nada impede que o autor formule o requerimento de tutela antecipada e o pedido principal no bojo da mesma peça processual e momento procedimental.

⁶⁸ Enunciado no 28 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (arts. 294 e ss.) “Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva.”

Concedida a tutela antecipada, na forma do artigo 303, CPC/2015, o requerente dever, no prazo de 15 dias contados da sua intimação da deciso, formular aditamento da inicial. O prazo previsto poder ser maior, conforme as peculiaridades do caso concreto, mediante deciso expressa do juiz. Jamais poder ser fixado prazo menor, sob pena de violação de literal disposiçao da norma jurdica.

A possibilidade de aditamento, por, somente poder ser concedida nos casos em que o requerente formular, de forma expressa, pedido de gozo do benefcio da cisao prevista no artigo 303, *caput*, CPC/2015, conforme preconiza o §5º.

O aditamento dever ocorrer nos prprios autos, sem a necessidade de propositura de demanda principal. Esta necessidade somente corrobora a ideia da cisao em dois momentos processuais, conforme acima exposto. No haver necessidade de recolhimento de novas custas processuais.

O aditamento, conforme artigo 303, §1º, CPC/2015, dever conter a complementaçao de sua argumentaçao, a juntada de novos documentos e a confirmaçao do pedido de tutela jurisdicional final. Trata-se, a rigor, da necessidade de ratificaçao do pedido de provimento jurisdicional final.

Caso a parte no realize o aditamento dentro do prazo, o processo ser extinto sem a resoluçao do mrito, conforme artigo 303, §2º, CPC/2015⁶⁹. Assim, sem ratificar o pedido principal, o autor da demanda manter somente o objeto do requerimento da tutela antecipada. Caso queira prosseguir com a demanda para a obtençao do provimento jurisdicional final, dever formular o aditamento.

Após a realizaçao do aditamento, o juiz determinar a citaçao e a intimaçao do réu para o comparecimento à audiência de conciliaçao ou de mediaçao (artigo 334 CPC/2015). Caso no ocorra a autocomposiçao, o prazo para o oferecimento da contestaçao ser contado na forma do artigo 335, CPC/2015.

A criaçao deste instituto, na forma verificada, mantm a possibilidade da concessao *inaudita altera pars* da tutela antecipada, pois o réu ser citado somente após o deferimento da medida.

Caso o réu seja a Fazenda Pública, entendemos ser plenamente possvel a concessao de tutela antecipada *inaudita altera pars*, pois a regra do artigo 2º, da Lei nº 8437/1992, somente se aplica aos processos coletivos ali indicados, bem como somente aos casos de tutela cautelar. Tal entendimento encontra respaldo na redaçao do artigo 1º da Lei nº 9494/1997, pois o artigo, ao se referir à aplicaçao da Lei nº 8437/1992 ao instituto da tutela antecipada, no se refere ao artigo 2º. Trata-se, portanto, de silncio eloquente neste diploma legislativo. O CPC/2015, no artigo 1059, sana este silncio eloquente ao preconizar a aplicaçao dos artigos 1º ao 4º, da Lei nº 8437/1992, aos casos de tutela provisoria requerida contra a fazenda pública.

⁶⁹ Em verdade, a extinçao do processo sem resoluçao do mrito dever ocorrer somente após formalizada nos autos a inrcia do réu em impugnar a decisao concessiva da tutela antecipada, ou seja, devem ser combinados os artigos 303, §2º e 304, §1º, CPC.

Outra regra jurídica substancialmente nova está prevista no artigo 304, CPC/2015, que preconiza a estabilidade da tutela antecipada antecedente. Apesar de ser uma tutela jurisdicional provisória, será possível a estabilização da tutela antecipada e de seus efeitos, desde que a parte contrária não recorra da decisão concessiva. Este é exatamente o ponto nodal para obtenção da solução da questão, que será abordada adiante.

A rigor, a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente dependerá da conjugação de dois fatores: a não realização do aditamento e a não interposição do recurso de agravo de instrumento pelo réu.

Caso o autor promova o aditamento, com a formulação do pedido principal, o processo prosseguirá até o provimento jurisdicional final, mas sem a estabilização da tutela antecipada obtida, ainda que o réu não tenha recorrido. Nesta hipótese, com base no princípio da cooperação previsto no artigo 6º, CPC/2015, deverá o juiz intimar o autor da ação para indagá-lo acerca do interesse em manter o aditamento. Caso seja mantido o interesse, deverá o processo ser extinto; por outro lado, se o interesse não for mantido, poderá o autor desistir deste aditamento para, com isso, obter a estabilização da tutela antecipada com a consequente extinção do processo sem resolução de mérito.⁷⁰

A estabilidade referida na norma em comento não poderá ser confundida com coisa julgada material, pois a decisão concessiva da medida não tem o condão de gerar tal consequência, conforme artigo 304, §6º, CPC/2015. Entretanto, a estabilidade dos efeitos da tutela antecipada somente será afastada por decisão em sentido inverso, proferida no bojo de ação própria revisional.

A coisa julgada material atinge o conteúdo da decisão judicial proferida, enquanto o instituto em comento somente atinge os efeitos.

A decisão revisional, proferida em ação própria, deverá reformar, rever ou invalidar a decisão anterior, sob pena de perpetuação dos efeitos da tutela antecipada antecedente.

A tutela antecipada, portanto, conservará os seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida em ação própria.

Com a estabilização da tutela antecipada, o processo deverá ser extinto sem resolução de mérito, na forma do artigo 485, inciso VI, CPC/2015, por perda superveniente do interesse processual. A extinção não obsta, por óbvio, os efeitos executivos decorrentes.

⁷⁰ “Em síntese: (a) se o autor emendar a inicial e o réu agravar, não haverá estabilização, e o processo seguirá regularmente; (b) se o autor emendar a inicial e o réu não agravar, o juiz deverá inquirir o autor sobre sua intenção de ver o processo prosseguir em direção a uma sentença de mérito, apta a alcançar a coisa julgada (o que impede a estabilização da tutela antecipada), ou, se o autor prefere desistir da ação, caso em que haverá estabilização e o processo será extinto sem resolução do mérito; (c) se o autor não emendar a inicial, ainda assim o réu poderá agravar, com o único intuito de impedir a estabilização, a qual não acontecerá, restando extinto o processo e revogada a tutela antecipada, não sendo julgado o mérito do recurso, que estará prejudicado; (d) se o autor não emendar a petição inicial e o réu não agravar ocorrerá a estabilização e o processo será extinto sem resolução de mérito, devendo o juízo declarar estabilizada a tutela antecipada.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. Editora Atlas.

Resta saber se a parte requerida poderá recorrer da decisão que extingue o feito. O ato judicial que determina a extino do processo é uma sentença que desafia o recurso de apelao (artigos 203, §1, 485, inciso VI e 1009, CPC). Entendemos que a parte conservar o interesse recursal e que há possibilidade jurídica na interposio do recurso, desde que a causa de pedir recursal seja o questionamento acerca da efetiva estabilizao da tutela antecipada, pois restou preclusa a via recursal para questionar a concessão da medida.

Em outros termos, a parte requerida poderá ventilar em seu recurso algum questionamento acerca da contagem de prazo, intimao da decisão concessiva etc. Não poderá, repita-se, questionar o mérito da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente.

Por fim, apesar da omissão do legislador, entendemos ser possível a estabilizao expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente. Tal estabilizao não dependerá da homologao judicial, mas deverá ser informada para fins de garantia da segurança jurídica e estabilidade das relaoes jurídicas.⁷¹

O legislador, considerando a estabilidade, previu a possibilidade de revisão judicial da tutela antecipada antecedente estabilizada. A estabilidade somente será afastada mediante a propositura de ao própria com a devida sentença de mérito revendo, reformando ou invalidando a decisão concessiva da tutela antecipada.

Sem a propositura de demanda própria, a tutela antecipada estabilizada manter os seus efeitos. Considerando que a demanda será extinta após a estabilizao, será necessário requerimento de desarquivamento dos autos para instruir a inicial (artigo 304, §4, CPC/2015).

A demanda própria deverá ser dirigida ao mesmo juízo responsável pela concessão da tutela antecipada estabilizada, posto preventivo.

Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento necessário, bem como ostentr legitimidade para a propositura de ao própria para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Entendemos ser possível, nos casos em que há nítido interesse público, a propositura de ao própria pelo Ministério Público e, demonstrado o interesse jurídico, também será possível a propositura da ao por terceiro interessado.

O legislador fixou o prazo de 02 anos para a propositura da ao. Apesar da ausência de referência, entendemos ser prazo decadencial, na medida em que o artigo 304, §5, CPC/2015, preconiza que o direito será extinto após o prazo fixado. Somente os prazos decadenciais so extintivos do direito material.

O termo *a quo* do prazo de 02 anos será a necessária intimao das partes da decisão que determinou a extino do processo com a estabilizao. Mesmo após o transcurso *in albis* do prazo, não haverá coisa julgada material, pois permanecerá o efeito decorrente da estabilizao.

⁷¹ Enunciado no 32 do Fórum Permanente dos Processualistas Cvils: "Além da hipótese prevista no art. 304,  possível a estabilizao expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente."

O legislador não fixou nomenclatura específica para a demanda que visa retirar os efeitos da tutela antecipada estabilizada. Apesar do prazo semelhante, entendemos que não cabe ação rescisória (artigo 966, CPC/2015) nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência, pois a estabilização da tutela antecipada não gera coisa julgada material (artigo 502, CPC/2015)⁷².

O instrumento de revisão não tem por objetivo a rescisão da coisa julgada, inclusive porque não há sua formação. Ademais, a demanda deverá ser proposta perante o juízo de primeiro responsável pela decisão concessiva da tutela antecipada e, não, perante o tribunal de origem.

Entendemos, portanto, que será uma mera demanda revisional (à falta de nomenclatura melhor) de estabilização que acarretará uma revisão judicial no intuito de reformar, rever ou invalidar a tutela antecipada.

Devidamente analisado o tema da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a sua estabilização, resta saber, como supraindicado, qual será o momento processual, nas demandas de improbidade administrativa, adequado para a ocorrência da estabilização. Pensamos que, apesar do procedimento especial de recebimento da inicial da ação civil pública por ato de improbidade (art. 17, §§ 7º ao 10, LIA), deve ser aplicada a mesma regra prevista no art. 304, CPC, ou seja, somente haverá estabilização da tutela antecipada caso o réu deixe de impugnar a decisão concessiva da tutela provisória.

A estabilização, como dito, pode ser aplicada aos processos coletivos, mas não é demais lembrar que não repercutirá no afastamento do agente público previsto no art. 20, p.u., LIA, pois, além de se tratar de verdadeira tutela provisória de urgência cautelar⁷³, violaria frontalmente o princípio da homogeneidade das medidas cautelares e, ainda, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que o prazo máximo de afastamento seja de 180 dias.⁷⁴

No tocante ao *procedimento aplicável quando for requerida tutela provisória de urgência cautelar em caráter antecedente*, impende destacar que o CPC/2015 não trouxe novidades na essência do instituto (conceito e conteúdo). Trata-se, a rigor, da tutela cautelar preparatória, que já era prevista nos artigos 801, inciso III, 806 e 808, CPC/1973.

A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito (referibilidade), distinto do direito à própria cautela.

O instituto permanece com finalidade meramente assecuratória da efetividade da tutela jurisdicional. O diferencial para o panorama anterior cinge-se ao fato da desnecessidade da cisão das pretensões judiciais em dois processos autônomos.

⁷² Enunciado no 33 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência.” Questão importante a ser enfrentada, mas, em outra oportunidade, é a necessidade de qualificar juridicamente a situação que ocorre após o final do prazo para a propositura da ação revisional. Apesar de parte da doutrina entender ser coisa julgada material, penso que a estabilização, que até o momento era relativa, torna-se absoluta e imutável.

⁷³ Tendo em vista que a finalidade do instituto é resguardar o adequado desenvolvimento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

⁷⁴ Agrg na SLS 1397/MA, Relator Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, Dje 28/09/2011. Agrg na SLS 1620/PE, Relator Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, Dje 06/09/2012. Agrg na SLS 1854/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 13/03/2014, Dje 21/03/2014.

Sob a égide do CPC/1973, o requerente deveria promover uma ação cautelar preparatória, ensejando o início de um processo (autônomo) cautelar. Após a efetivação da medida cautelar deferida, deveria o requerente ajuizar a ação principal, ensejando o início do processo (autônomo) principal, que poderia ser de conhecimento ou de execução.

No panorama do CPC/2015, o requerente deverá ajuizar uma ação (através de petição inicial) indicando a lide (não mais principal) e seu fundamento. Não haverá a necessidade de oferecimento de duas demandas autônomas, pois o legislador permite, conforme artigo 308, *caput* e §1º, o oferecimento do pedido principal nos mesmos autos, após a efetivação da medida cautelar, desde que respeitado o prazo decadencial de 30 dias, ou o oferecimento do pedido principal conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. Inovação deveras salutar no âmbito das tutelas de urgência.

Assim, o requerimento de tutela cautelar em caráter antecedente poderá ser exteriorizado de duas formas: a) propositura da ação com o requerimento da tutela cautelar em caráter antecedente e, após a efetivação da medida cautelar, formulação do pedido principal; b) propositura da ação com o requerimento do pedido de tutela cautelar em caráter antecedente e, em conjunto, o pedido principal.

Considerando ser uma tutela de urgência de segurança, deverá demonstrar a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A exposição sumária do direito que se pretende assegurar é o *fumus boni iuris*. A diferença para o panorama anterior é a desnecessidade de demonstração do fundado receio de dano. O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo são os requisitos alternativos para demonstrar a existência do *periculum in mora*.

O artigo 308, CPC/2015, delinea o procedimento aplicável à tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Tal artigo deverá ser conjugado com o parágrafo único do artigo 307, CPC/2015, pois preconiza a aplicação do procedimento comum após o oferecimento da contestação do requerido. Esta contestação poderá ser oferecida antes ou, até mesmo, depois do fim do prazo decadencial fixado no artigo 308, CPC/2015. Dependerá sempre do deferimento da medida *inaudita altera pars* ou após a citação do requerido.

Após a efetivação da medida cautelar deferida pelo juiz, o requerente terá o prazo decadencial de 30 dias para requerer o pedido principal. Trata-se de regra já existente nos artigos 806 e 808, inciso I, CPC/1973. A principal diferença é a desnecessidade de formular o pedido principal por meio de uma nova ação autônoma.

Como o prazo fixado é decadencial, não será contado em dobro em favor dos sujeitos processuais que dispõem de prazo diferenciado, bem como não será contado em dias úteis, mas corridos.

A efetivação da medida cautelar verifica-se quando o requerido passa a sofrer a incidência prática em sua esfera jurídica da medida, ou seja, a partir dos prejuízos causados pela medida. Assim, forçoso concluir que a aplicação da norma está jungida às cautelares que acarretam prejuízos práticos. Caso a medida cautelar requerida não gere prejuízos práticos na esfera jurídica do requerido, inaplicável a norma, na medida em que a *ratio*

essendi desta é evitar o prolongamento da eficácia da medida cautelar por mais de 30 dias, gerando prejuízos ao requerido, sem que haja a formulação do pedido principal.

Em outros termos, a fixação pelo legislador de um prazo ao oferecimento do pedido principal volta-se precipuamente ao resguardo da posição jurídica daquele que suporta o cumprimento da cautela, evitando-se, assim, que o retardo da deflagração do processo principal se transforme numa opção arbitrária e caprichosa do autor.

É entendimento assente na doutrina⁷⁵, sob a égide do CPC/1973, que esta regra será aplicada nas hipóteses em que a medida cautelar deferida acarretar prejuízos para a esfera jurídica pessoal ou real do requerido. Trata-se de entendimento correto e consentâneo com a necessidade de se proteger o requerido de medidas que possam ocasionar severos problemas de ordem, mais do que o tempo devido e necessário. Entendemos, também, que este prazo deve começar a correr a partir do primeiro ato construtivo, ainda que exista mais de um destinatário do ato material. O Superior Tribunal de Justiça tem decisão no mesmo sentido.⁷⁶

Caso a parte requerente não apresente, nas hipóteses necessárias, o pedido principal dentro do prazo, cessará a eficácia da medida cautelar, conforme artigo 309, inciso I, CPC/2015.⁷⁷ Este artigo reproduz a mesma consequência prevista nos artigos 806 e 808, inciso I, CPC/1973. Neste ponto, resta saber se a Súmula 482⁷⁸ do Superior Tribunal de Justiça será mantida com o advento do CPC/2015.

Entendemos que a *ratio decidendi* do precedente perdeu parcela da sua eficácia. Assim, deverá ser aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça a técnica do *overriding* para afastar a parte final da súmula que preconiza a extinção do processo cautelar. Com a desnecessidade de propositura de ação autônoma principal, não há mais como sustentar a extinção do processo. O correto será somente a cessação da eficácia da medida cautelar deferida, na forma do artigo 309, inciso I, CPC/2015.

A apresentação do pedido principal não dependerá de pagamento de novas custas processuais. No momento do oferecimento do pedido principal, o requerente

⁷⁵ “Aliás, o fato de a providência cautelar acarretar ou não, prejuízos ao gozo de direitos sociais ou patrimoniais serve de parâmetro à própria definição da incidência, ou não, do prazo de trinta dias. Nessa linha inclinam-se a doutrina e a jurisprudência pelo afastamento da limitação temporal em casos de provimentos cautelares meramente conservativos (justificações, protestos, interpelações e notificações) e nos de antecipação de prova (vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam* etc.)” (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. *Improbidade Administrativa*. p.731. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 4ª Edição) (grifos nossos).

⁷⁶ “Processo Civil – Recurso Especial – Medida cautelar inominada – Medida liminar concedida para indisponibilidade de bens do recorrente e a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico – Ação principal – prazo para propositura – Termo *a quo* – Primeiro ato construtivo – Recurso Especial provido.” (STJ, 1ª Turma, REsp 945.439-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.4.2010, DJe 4.5.2010). no mesmo sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 1.115.370-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 16.3.2010, DJe 30.3.2010.

⁷⁷ “Considerando a hipótese das medidas que geram constrição pessoal ou patrimonial, a solução mais adequada é entender que esse prazo deve ser contado a partir da efetivação da primeira constrição, sob pena de se provocar situação inaceitável, consistente na permanência da medida constritiva às vezes por anos, sem que seja ajuizada a ação de conhecimento cabível.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015.

⁷⁸ “A falta do ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar.”

poderá formular o aditamento da causa de pedir. Com a apresentação do pedido principal, as partes serão intimadas, na pessoa do representante processual ou pessoalmente, para comparecimento à audiência de conciliação ou mediação (artigo 334 CPC/2015). Caso não seja atingida a autocomposição, o prazo para a contestação será contado na forma do artigo 335, CPC/2015. Não haverá, portanto, necessidade, com a apresentação do pedido principal, de realização de nova citação do requerido.

Questão interessante e principal é saber se a norma do artigo 17 da Lei nº 8429/1992⁷⁹ manterá a mesma essência em decorrência da alteração do procedimento cautelar, notadamente diante da redação do artigo 1046, §2º do CPC/2015. Ao não reproduzir a necessidade da propositura de duas ações autônomas previstas no CPC/1973, pode ser levantada a tese de que o procedimento da ação civil pública por ato de improbidade, neste ponto, deverá seguir o regramento previsto nos artigos 305 e 308, CPC/2015, com base nos princípios da celeridade, economia e efetividade processual.⁸⁰

O artigo 1046, §2º, CPC, é expresso no sentido da manutenção dos procedimentos especiais que não foram revogados pelo advento do novel diploma. De fato, o procedimento da Lei nº 9429/1992 não está na listagem dos procedimentos revogados prevista no artigo 1072, CPC⁸¹, o que poderia ensejar o entendimento da necessidade do ajuizamento de duas ações (uma antecedente e outra principal) para o fim de obter tutela provisória de urgência cautelar antecedente. Apesar de reconhecer que esta interpretação é bem atraente, entendo ser mais correto sustentar a revogação tácita desta necessidade de duas demandas, com base nos seguintes fundamentos: a) a imposição do ajuizamento de duas demandas autônomas viola, de forma manifesta, os princípios da economia e celeridade processual (artigos 5º, LXXVIII, CR/1988 e 4º, CPC); b) a regra prevista no artigo 17, *caput* da Lei nº 8429/1992, apesar de prevista em lei especial externando um procedimento especial, não é, na essência, uma norma jurídica especial (substancial), pois trata-se, em verdade, de mera reprodução da norma então existente no artigo 806, CPC/1973 (norma especial formal). Ora, o parâmetro do procedimento foi alterado retirando-se o fundamento da especialidade que, diga-se, jamais foi especial. Trata-se, portanto, de hipótese na qual uma norma geral derroga a aplicação de uma norma especial⁸²; c) ademais,

⁷⁹ "Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar."

⁸⁰ Em sentido contrário, sustentando, com base nos arts. 1046, §2º e 1072, CPC, a inaplicabilidade do regime das tutelas provisórias criado pelo CPC/2015 na seara da improbidade administrativa: "(...) nada muda relativamente ao manejo das três medidas cautelares expressamente disciplinadas pela Lei nº 8.429/1992, a cujo respeito já há, inclusive, sólida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Essa nos parece ser a conclusão que melhor se afeiçoa ao princípio da segurança jurídica, inclusive no que toca à interpretação da Lei nº 8.429/1992. Parece-nos também ser o fruto da constatação da inadequação das regras do processo civil clássico ao campo do denominado 'processo de interesse público'". GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 9ª edição. Editora Saraiva, 2015, p.1071.

⁸¹ Vide artigo 2º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro: "Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. §2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior."

⁸² Parte da doutrina segue a premissa sustentada neste artigo: "O fato de uma matéria ser incluída numa lei que é especial em relação à outra não significa necessariamente que essa matéria seja

com base no microsistema da tutela coletiva, merece destaque a aplicabilidade do art. 12, LACP, na seara da improbidade administrativa, que permite a concessão de mandado liminar nos próprios autos da ação principal.⁸³

Há, contudo, entendimento na doutrina no sentido de que as normas inseridas nos arts. 17, LIA, e 308, CPC, são idênticas e que seria desnecessária a regulamentação do tema na lei especial.⁸⁴ Não merece prosperar tal entendimento, pois a regras, como já exposto, são completamente diferentes quanto ao procedimento. A semelhança entre as normas cinge-se, tão somente, quanto à necessidade de mais de uma pretensão, sendo que na norma geral despicienda nova ação e na especial, indispensável. As normas eram idênticas sob a égide do CPC/1973.

13. Inaplicabilidade do Artigo 115, Parágrafo Único, CPC/2015 como Forma de Integrar Terceiro Beneficiário Direto ou Indireto ao Processo Coletivo

Conforme se depreende da redação prevista nos artigos 3º e 6º da Lei nº 8429/1992, pretendeu o legislador a responsabilização de todos aqueles que tenham, de alguma forma, praticado ou concorrido à concretização da improbidade, sendo bastante amplo o campo de incidência da norma. No mesmo sentido, vale mencionar o artigo 6º da Lei nº 4717/1965. A pluralidade de agentes e/ou terceiros que tenham de alguma forma concorrido ou se beneficiado do ato lesivo, ímprobo ou não, pode gerar a ocorrência de litisconsórcio no polo passivo.

Legitimados passivos da Ação Civil Pública de Improbidade são todos aqueles que tenham concorrido para a prática da conduta ímproba. Assim, estão sujeitos à

substancialmente especial. Pode ter sido aí incluída por o legislador ter aproveitado a oportunidade de aprovação da lei especial para integral nela princípios que se justificavam em toda a ordem jurídica. Nesse caso, à especialidade formal não corresponde uma especialidade substancial. Por isso, se a lei geral for alterada e trazer solução contrária, esta afasta também a solução formalmente incluída na lei especial. Em rigor, não há sequer lei especial." DE DAVID, Tiago Bitencourt. *Crítérios clássicos já não resolvem bem as antinomias*. Conjur, 14 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-14/tiago-bitencourt-criterios-classicos-nao-resolvem-bem-antinomias>>. No mesmo sentido, vale mencionar: "a especialidade somente se sustenta se há razões que justifiquem o tratamento diverso daquele emanado do regime geral, pois é isso que autoriza a manutenção de um regime jurídico especial que não merece subsistir caso inexista justificativa para o tratamento distinto daquele estabelecido pela normatização geral. É muito importante prestar atenção a tal observação do doutrinador porque ela será de grande valia adiante para compreender-se a resolução prática de problemas envolvendo o tema." ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.518 e 519.

⁸³ "No campo da tutela dos interesses difusos, permite o art. 12 da Lei nº 7.347/1985 ao juiz que conceda 'mandado liminar, com ou sem justificação prévia, nos próprios autos da ação principal, regra que merece aplausos por sua economicidade e informalidade, corolários do acesso à justiça.' O CPC/2015 consagra tal possibilidade ao estabelecer, em seu art. 308, §1º, que 'o pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar'. Veja-se que nada impede o ajuizamento de ações cautelares antecedentes, a depender da conveniência de utilização de tal técnica processual. O que a lei buscou garantir foi a possibilidade de decretação das providências urgentes independentemente do ajuizamento de ação própria, permitindo a formulação do requerimento 'em tópico destacado da inicial.'" GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 9ª edição. Editora Saraiva, 2017, p.1076.

⁸⁴ "O art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, prevê regra idêntica àquela consagrada no art. 308, *caput*, do Novo CPC, sendo nesse sentido até mesmo desnecessária. E as mesmas considerações aplicáveis a todas as medidas cautelares antecedentes são aplicáveis a cautelar de indisponibilidade antecedente à ação de improbidade administrativa." Neves, Daniel Assumpção Amorim. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª edição. Editora Juspodivm: Salvador. 2016.

incidência reparatório-sancionatória da Lei nº 8429/1992 todos os agentes públicos que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, emprego ou função (art.2º), tenham violado o patrimônio público.

Também aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos (terceiros, na dicção do art. 5º), tenham induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade, ou dela tenham auferido qualquer benefício, direto ou indireto (art. 3º).

Assim, os legitimados passivos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade são todos aqueles que tenham concorrido para a prática da conduta ímproba, conforme preconizam os artigos 2º, 3º e 5º da Lei nº 8429/1992.

Como se vê, buscou o legislador a responsabilização de todos aqueles que tenham, de alguma forma, praticado ou concorrido à concretização da improbidade, sendo bastante amplo o campo de incidência da norma. A pluralidade de agentes e terceiros enseja a ocorrência de litisconsórcio no polo passivo, na forma do artigo 113 do Código de Processo Civil.⁸⁵

Importante mencionar que o beneficiário, principalmente quando for particular (pessoa física ou jurídica), deve ter a sua conduta diretamente relacionada à do agente público coautor do ato lesivo (mormente nos atos de improbidade administrativa). O terceiro beneficiário do ato somente receberá o influxo da Lei nº 8429/1992 com a estrita vinculação com agente público, pois não poderá responder sozinho pelo ato.⁸⁶

Diante deste introito, imprescindível abordar a existência ou não do litisconsórcio necessário no polo entre o agente público e o beneficiário (particular pessoa física ou jurídica) do ato, nas ações civis pública de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça, usando o conceito inelástico de ato de improbidade administrativa, fixou entendimento no sentido da impossibilidade do particular responder sozinho pelo ato de improbidade administrativa, ou seja, somente poderá figurar em conjunto com o agente público (regra da dupla imputação), apesar de afirmar não existir litisconsórcio necessário entre eles.⁸⁷

⁸⁵ “Essa coautoria delitual disciplinar com pessoas estranhas ao serviço público, *ad instar* do art. 3º da Lei nº 8.429/1992, abriga a participação do particular em três distintos momentos: o anterior à prática da infração (o ato de induzimento), o concomitante à sua prática (coadjuvação concorrencial) e, por fim, o posterior à sua consumação (beneficiando-se com as vantagens morais ou materiais da improbidade).” ARMANDO DA COSTA, José. *Contornos jurídicos da Improbidade Administrativa*, editora Brasília Jurídica Ltda. Brasília, 2000, p.21. No mesmo sentido, porém exigindo a demonstração da má-fé: “é inaceitável que o terceiro de boa-fé possa vir a ser envolvido na ação de improbidade sem que tenha agido com intenção de se beneficiar ilícitamente. Com muito mais razão, a responsabilidade do terceiro só se justifica na modalidade subjetiva.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Malheiros.

⁸⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª edição. Lumen Juris. 2007. p.934.

⁸⁷ “É inegável que o particular sujeita-se à Lei de Improbidade Administrativa, porém, para figurar no polo passivo, deverá: ‘a) induzir, ou seja, incutir no agente público o estado mental tendente à prática do ilícito; b) concorrer juntamente com o agente público para a prática do ato; e c) quando se beneficiar, direta ou indiretamente do ato ilícito praticado pelo agente público’”. REsp. 1171.017-PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 25/2/2014. “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. CABIMENTO. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. REVISÃO DA DOSIMETRIA DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. 1. Cuida-se de

Assim, nas ações civis de improbidade administrativa, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não há de se falar em formação de litisconsórcio necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados com o ato de improbidade administrativa, pois não está justificada em nenhuma das hipóteses previstas na lei.

Não é o entendimento que será esposado neste tópico. O litisconsórcio necessário, por definição legal (artigo 114, CPC/2015), ocorrerá em duas situações: a) por disposição expressa de lei e b) em virtude da natureza da relação jurídica de direito material deduzida em juízo. O legislador exige sempre a formação do litisconsórcio para que a sentença possa ser eficaz em face de todos. Poder-se-ia aqui impingir de equivocado o conceito legal, mas a nossa toada é outra.⁸⁸

ação civil pública por ato de improbidade administrativa decorrente de fraude e dispensa de licitação e enriquecimento ilícito, para construção de um açude, no Município de Várzea Alegre/CE. 2. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou e decidiu, motivadamente, a controvérsia posta em debate, qual seja: 'ilegitimidade do réu, litisconsórcio da empresa OAP Ltda. e desproporcionalidade das sanções'. 3. A jurisprudência pacífica desta Corte sedimentou o entendimento no sentido de que a Lei nº 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos. Precedentes. Súmula 83/STJ. 4. A posição sedimentada desta Corte firmou entendimento no sentido de que 'o litisconsórcio necessário, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, é caracterizado pela indispensável presença de colegitimados na formação da relação processual, o que pode ocorrer por disposição legal ou pela natureza da relação. Assim, nas ações civis de improbidade administrativa não há de se falar em formação de litisconsórcio necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados com o ato de improbidade administrativa, pois não está justificada em nenhuma das hipóteses previstas na lei'" (AgRg no REsp 1.461.489/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014.). "5. Do exame das razões do acórdão recorrido, conclui-se que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, ao apreciar a controvérsia acerca da improbidade administrativa, em decorrência de fraude em dispensa de licitação e em aplicação irregular de verbas públicas, interpretou os arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/1992, a partir de argumentos de natureza eminentemente fática. Incidência da Súmula 7/STJ. 6. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que aferir se as provas são suficientes ou se o recorrido desincumbiu-se de seu ônus probatório, para análise de eventual violação do art. 333 do CPC, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte ante o óbice da Súmula 7 do STJ. 7. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente. Agravo interno improvido." (AgInt no REsp 1538194/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 25/08/2016) "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO E RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 47 DO CPC/73. 1. A jurisprudência desse Sodalício orienta no sentido de que 'os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário'" (REsp 896.044/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.9.2010, DJe 19.4.2011). "Precedentes. 2. Na origem, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul com o objetivo de ser declarada a nulidade de atos administrativos que determinaram a transferência indevida de alunos para a UFMS, bem como o ressarcimento ao erário decorrente da prática de tais providências. 3. Assim, na presente hipótese, não há falar em litisconsórcio passivo necessário, formado entre os particulares beneficiados e os agentes públicos eventualmente responsáveis pela prática dos atos supostamente eivados de nulidade, tendo em vista que não se pretende a discussão de prática de ato de improbidade administrativa, mas tão somente de ressarcimento de eventuais danos causados. 4. Agravo interno não provido." (AgInt no REsp 1624627/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 17/04/2017).

⁸⁸ O conceito legal, mais uma vez, parece confundir litisconsórcio necessário com o unitário. Ademais, se há a necessidade de todos participarem da relação processual para que a sentença seja absolutamente eficaz, o litisconsórcio já será necessário.

O litisconsórcio passivo entre o agente público e o beneficiário é necessário, com base nos seguintes fundamentos: a) o interesse subjacente ao exercício da pretensão judicial é indisponível sendo, portanto, impensável excluir algum autor do ato lesivo ou beneficiário deste fora da relação jurídica processual, pois haverá insegurança jurídica e violação à isonomia⁸⁹; b) a amplitude conceitual dos agentes públicos e dos beneficiários prevista nos artigos 2º e 3º da Lei nº 8429/1992 e 6º da Lei nº 4717/1965 enseja ao reconhecimento da necessidade do litisconsórcio, ou seja, é um litisconsórcio por força de lei; c) aplicação do princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva, mormente nos casos de tutela do patrimônio público.⁹⁰

Considerando a possibilidade/necessidade da inclusão do terceiro no polo passivo da demanda, a questão a ser enfrentada neste tópico, portanto, passa a ser a forma pela qual deve ser integrado ao feito o beneficiário do ato lesivo que for identificado ao longo da relação jurídica processual. Consoante a redação do artigo 115, parágrafo único, CPC/2015, o juiz determinará ao autor da demanda que requeira a citação deste litisconsorte ulterior, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. Tal norma somente deve ser utilizada nos casos de litisconsórcio necessário.

Apesar de sustentar a existência do litisconsórcio passivo necessário na seara da improbidade administrativa, como visto acima, mister faz-se o afastamento da regra do artigo 115, parágrafo único, CPC/2015, como forma de solucionar a integração do terceiro beneficiário ao polo passivo da demanda. Considerando toda a linha de argumentação suprautilizada para demonstrar a aplicação do microsistema da tutela coletiva, antes da aplicação residual do CPC, factível sustentar a utilização da solução preconizada no artigo 7º, III da Lei nº 4717/1965, que determina a realização direta da citação para a integração do contraditório. O legislador, na hipótese, não exige a necessidade de requerimento⁹¹ (como faz o artigo 115, parágrafo único, CPC/2015) para fins de realização da citação, portanto, o órgão jurisdicional poderá diretamente determinar a citação do beneficiário. Poder-se-ia argumentar que tal proceder enseja a violação ao princípio da congruência (artigo 492, CPC/2015), mas a atuação na hipótese decorre do impulso oficial (artigos 2º e 141, CPC/2015). O princípio do impulso oficial permite a atuação *ex officio* do órgão jurisdicional, desde que o ordenamento não exija, de forma expressa, requerimento das partes.

Considerando não ser hipótese de litisconsórcio necessário, forçoso concluir tratar-se de uma hipótese de intervenção *iussu iudicis* típica, pois permite ao juiz trazer ao feito, desde que lastreada em decisão com fundamentação adequada e específica (artigo 489, §1º, CPC/2015), um terceiro para integração do contraditório.⁹²

⁸⁹ Não podemos esquecer da possibilidade, ainda que de *lege ferenda*, de afastar a pretensão judicial dos causadores do ato lesivo em virtude da celebração de termo de ajustamento de conduta, colaboração premiada ou acordo de leniência. Eventual possibilidade do manejo de tais instrumentos na seara da improbidade administrativa deve ser objeto de ensaio específico.

⁹⁰ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 8ª edição. Editora Saraiva, 2015, p.887.

⁹¹ Em verdade, considerando que não foi reproduzido no artigo 319, CPC/2015 a necessidade de requerimento de citação do réu, como fazia o artigo 282, VII, CPC/1973, penso que sequer no caso do artigo 115, parágrafo único, CPC/2015 haverá tal necessidade.

⁹² "Parece possível, no Direito brasileiro, a partir da concretização dos princípios da adequação, da duração razoável do processo e da eficiência, a intervenção *iussu iudicis* atípica, sempre que o órgão jurisdicional, por decisão fundamentada, entender conveniente a participação de terceiro no processo."(...)

14. Prazo para o Oferecimento do Agravo Interno nos Processos Coletivos – Análise do Artigo 6º, Parágrafo Único da Lei nº 13300/2015

O artigo 1070, CPC/2015, unificou os prazos para a interposição do recurso de agravo interno, conforme artigo 1021, CPC/2015 (outrora chamado de regimental). Com o advento do CPC/2015, portanto, o prazo para o manejo do referido recurso, ainda que previsto nos regimentos internos dos tribunais, será de 15 dias. Trata-se de recurso interposto com vistas a obter a reforma ou a anulação das decisões proferidas pelos relatores ou qualquer outra decisão unipessoal (do presidente do Tribunal, por exemplo).

Todas as normas que contiverem a possibilidade de recurso de tais decisões com a previsão expressa de prazo deverão se adequar ao artigo 1070, CPC.

Diante desta modificação, surgem duas repercussões claras e diretas nos processos coletivos: a) qual será o prazo de interposição do recurso de agravo interno das decisões unipessoais do Presidente do Tribunal em sede do incidente de Suspensão da Segurança (artigos 4º, §3º da Lei nº 8437/1992; 12, §1º da Lei nº 7347/1985; 15 da Lei nº 12016/2009 e 16 da Lei nº 9507/1997) quando requerido no bojo de um processo coletivo? b) qual será o prazo de interposição do recurso de agravo interno das decisões monocráticas ou unipessoais proferidas no bojo dos processos coletivos?

a) Qual será o prazo de interposição do recurso de agravo interno das decisões unipessoais do Presidente do Tribunal em sede do incidente de Suspensão da Segurança (artigos 4º, §3º da Lei nº 8437/1992; 12, §1º da Lei nº 7347/1985; 15 da Lei nº 12016/2009 e 16 da Lei nº 9507/1997) quando requerido no bojo de um processo coletivo?

O prazo para a interposição do agravo interno nestas hipóteses previstas nas leis em testilha é de 05 dias. Com o advento do CPC/2015, o prazo passou a ser de 15 dias. Esta seria conclusão mais simples e objetiva, porém não subsiste em uma análise mais detida. Estas normas integram o microssistema da tutela coletiva e possuem uma mútua complementariedade. Pois bem. Após a entrada em vigor do CPC/2015, foi editada a Lei nº 13300/2016 que, em seu artigo 6º, parágrafo único, fixou o prazo de 05 dias para fins de interposição do agravo interno contra a decisão monocrática ou unipessoal que inadmita a inicial do Mandado de Injunção. O principal ponto de análise é saber de que forma isso influenciará os prazos previstos nestas leis.

Uma primeira solução é afirmar que este prazo de 05 dias deve ser corrigido, também, pelo artigo 1070, CPC, e, portanto, todos seriam de 15 dias. Apesar do deslize do legislador que sequer se atentou para a mudança geral no prazo, não há como sustentar tal solução, pois se trata de lei especial posterior a uma lei geral. Assim, não há supedâneo jurídico capaz de embasar o afastamento da norma.

“A providência justifica-se, também, como medida de efetivação do direito fundamental ao contraditório e, ainda, como proteção do princípio da igualdade, porquanto procure evitar que a parte se submeta a processo cujo resultado possa ser impugnado por um terceiro. Garante ao terceiro o exercício do direito de não demandar, não lhe sendo imposta a condição de demandante: o terceiro não estaria obrigado a demandar, pois apenas seria cientificado do processo.” DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. Editora Juspodivm. Salvador, 2017. p.596.

Uma segunda solução é afirmar que em todos os processos coletivos, nos quais for requerido o incidente de suspensão da segurança, o prazo para a interposição deste recurso será de 05 dias. Esta deve ser a solução adequada, pois além de respeitar as regras do microssistema e da aplicabilidade residual do CPC/2015, observa, também, os critérios cronológicos e da especialidade aplicáveis nos conflitos aparentes de normas.

b) Qual será o prazo de interposição do recurso de agravo interno das decisões monocráticas ou unipessoais proferidas no bojo dos processos coletivos?

Esta segunda questão parece ser a mais importante, pois a Lei nº 13300/2016 não se refere aos casos somente de suspensão da segurança, mas à decisão monocrática ou unipessoal proferida no bojo de um mandado de injunção. Conforme dito alhures, a referida norma é parte integrante do microssistema e de sua mútua complementariedade. Assim, diante do aparente conflito entre as normas citadas (artigo 1070, CPC/2015, e 6º, parágrafo único da Lei nº 13300/2016), deverá prevalecer a regra de aplicação das normas do microssistema, gerando o afastamento do prazo de 15 dias para o manejo do agravo interno em sede de processo coletivo. Em todos os processos coletivos, portanto, o prazo para o referido recurso será de 05 dias, enquanto nos processos individuais será de 15 dias. Há que se ressaltar, por oportuno, que as regras do microssistema não podem sofrer a incidência de uma interpretação seletiva, ou seja, ou as regras do microssistema são sempre aplicáveis quando não houver solução nas leis especiais, ou não poderão ser aplicáveis. O que não pode ser feita é uma aplicabilidade casuística com base na vontade exclusiva do intérprete.

15. Intervenção do Substituído nos Processos Coletivos – Análise do Artigo 18, Parágrafo Único do CPC/2015 – Legitimação Conglobante nos Processos Coletivos

A legitimidade extraordinária à época do CPC/1973, em seu artigo 6º, exigia autorização legal expressa (legalidade estrita) para que fosse regularmente exercida.

O CPC/2015, ao tratar do mesmo tema no artigo 18, exige somente autorização do ordenamento jurídico⁹³, ou seja, ampliou a incidência da legitimação extraordinária. Com essa redação, portanto, não há mais a necessidade de autorização expressa na lei para admitir o exercício da legitimação extraordinária, porque o legislador previu, de forma ampla, a possibilidade de qualquer instrumento ser hábil a conferir a legitimidade (lei, princípio, negócio processual ou qualquer outro mecanismo, desde que esteja no ordenamento jurídico).

A ideia, portanto, decorrente desta nova regulamentação é a positivação de uma legitimidade conglobante⁹⁴. Esta legitimidade decorre diretamente do próprio

⁹³ Aliás, a doutrina já sustentava tal possibilidade mesmo antes do advento do CPC/2015. ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, vol.1, p.246. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. Temas de Direito Processual Civil – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.33, nota 7.

⁹⁴ ZANETI JR., Hermes. "A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. 'Com essa denominação entendemos a legitimação extraordinária permitida

sistema (ordenamento), sendo desnecessária expressa previsão legal, desde que exista autorização no sistema⁹⁵. Não há, portanto, necessidade imperiosa de uma lei criando a hipótese de substituição processual. Nada obstante, há vozes dissonantes na doutrina, mesmo após o advento do CPC/2015, que permanecem sustentando a necessidade de observância da legalidade estrita⁹⁶.

Partindo da premissa sustentada, é factível sustentar a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual com o fim de fixar ou criar a legitimidade extraordinária, ou seja, haveria a possibilidade de uma legitimidade extraordinária negociada, convencionada, comercial ou convencional, na forma do artigo 190 do CPC.

O artigo 190 do CPC traz a chamada cláusula geral ou genérica dos negócios jurídicos processuais, gerando a possibilidade da celebração de negócios ou convenções processuais atípicas. Há debate doutrinário em torno do tema da admissibilidade deste

pelo ordenamento, mesmo que não expressa na lei, por não estar contrariada por norma jurídica ou em desacordo com os princípios do ordenamento coletivo. Dessa forma, com a adoção de tal denominação, prestamos nossa justa homenagem aos juristas do direito penal, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, pela importante contribuição científica na elaboração deste conceito: A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso do oficial de justiça, que se adéqua ao subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel (art. 155 do CP), mas que não é alcançada pela proibição do não furtarás. A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta.' ZANETI JR., Hermes. *A legitimação conglobante nas ações coletivas*, p.230."

⁹⁵ "O CPC atual adotou antiga lição doutrinária, segundo a qual seria possível a atribuição de legitimação extraordinária sem previsão expressa na lei, desde que seja possível identificá-la no ordenamento jurídico, visto como sistema." (...) "O art. 18 do CPC exige, para atribuição da legitimação extraordinária, autorização do 'ordenamento jurídico', e não mais da lei." DIDIER JR., Fredie. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenação Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro. Forense, 2016. No mesmo sentido: "Cumpra salientar, no entanto, que tal alteração não deve ser interpretada de forma a autorizar a substituição processual por mero ato voluntário das partes, sem nenhum embasamento legal, de forma que pouco se altera em relação à sistemática anterior, para a qual 'a vontade das partes, portanto, não é suficiente para criar substituição processual que não tenha sido expressamente prevista em lei. A diferença, aqui, está na possibilidade de se cogitar de substituição processual sem previsão expressa e inequívoca na legislação, podendo decorrer de interpretação sistemática do ordenamento jurídico.'" AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

⁹⁶ "A legitimidade extraordinária, por atribuir deveres a terceiros, continua a depender de expressa autorização do ordenamento jurídico, na expressa acolhida pelo Código. A noção de ordenamento jurídico, nesse particular, perpassa pelo art. 22, I, da CF/1988, que atribui à lei a disciplina da matéria processual, de modo que ou bem a fonte da substituição processual será a própria Constituição ou bem será a lei, admitindo-se, excepcionalmente, a sua atribuição por meio de atos cuja validade decorra diretamente da lei, a exemplo dos regimentos internos dos tribunais." SCHENK, Leonardo Faria. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 2ª edição. 2016. p.116. "Antes de mais nada, é importante se acentuar que a Constituição Federal não autoriza que se possam criar hipóteses em que alguém pleiteie em juízo direito alheio em nome próprio a não ser por meio de lei expressa. Então, o legislador aqui 'disse mais do que queria': não basta a autorização do ordenamento jurídico, que é mais do que a lei: abrange lei, doutrina, jurisprudência. Aqui incide o princípio da estrita legalidade. Só a lei pode criar hipóteses de substituição processual." WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT 2016, p.83. Há, ainda, quem sustente a necessidade de previsão típica das hipóteses de legitimação extraordinária "Só se admite a substituição processual se existe expressa autorização no ordenamento jurídico para tanto. Daí a tipicidade das hipóteses de substituição processual em nosso ordenamento." MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT. 2016.

modelo de legitimidade⁹⁷, mas impende salientar que tal convenção, caso seja admitida, não importará em transferência da titularidade do direito material subjacente, mas da legitimidade para o exercício judicial da pretensão. Não há em nosso ordenamento jurídico qualquer vedação para a celebração de convenção processual para a criação da legitimidade extraordinária, ao reverso, factível sustentar tal possibilidade diante da combinação das normas dos artigos 18, 190 e 200 do CPC, pois o autorregramento da vontade no direito processual possui assaz importância com a geração imediata de efeitos, sem a necessidade, inclusive, de ratificação jurisdicional. No âmbito dos processos individuais, é mais seguro sustentar a possibilidade da legitimação atípica convencional, pois a regra geral da legitimidade permanece a ordinária ou comum, na qual o titular do direito material exerce judicialmente a sua pretensão. O problema surge nos casos de processos coletivos, pois a regra é a legitimidade extraordinária ou substituição processual, ou seja, o titular do direito material (coletividade ou seus membros) não ostenta legitimidade para o exercício judicial da pretensão.

Considerando, portanto, a possibilidade da legitimação extraordinária decorrer do ordenamento jurídico e da cláusula genérica das convenções processuais, surge a seguinte indagação: *pode ser celebrado no processo coletivo um negócio jurídico para conferir legitimação extraordinária?*

A legitimação extraordinária negocial não pode ser admitida nos processos coletivos, tal como se admite para os processos individuais, em virtude de peculiaridades inerentes que impossibilitariam o seu regular desenvolvimento.

Ao contrário, conforme já indicado, do que ocorre nos processos individuais, a regra nos processos coletivos é a legitimidade extraordinária. Assim, não há como ocorrer tal transferência, pois o titular do direito material não tem legitimidade para

⁹⁷ No sentido da inadmissibilidade, vale mencionar: "Assim, não parece haver espaço ou mesmo utilidade, à primeira vista, para o acolhimento de uma legitimidade extraordinária negocial por meio da qual o titular do direito material transferiria a legitimidade para postulá-lo em juízo a um terceiro, valendo-se, para tanto, de instrumentos contratuais." SCHENK, Leonardo Faria. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 2ª edição. 2016. p.116. No sentido da admissibilidade, impende citar: "Por outro lado, inexistente qualquer norma cogente no sistema decorrente do CPC de 2015 que proíba o exercício do autorregramento para escolha relativa à legitimidade ad causam extraordinária, que, como visto, é uma situação jurídica. O art. 18 não preestabelece a situação jurídica da legitimidade extraordinária 'de modo claro e irremovível'. Ao contrário, o texto do art. 18 expressamente faz a ressalva de a legitimidade extraordinária ser autorizada pelo ordenamento jurídico. Ou seja, o próprio art. 18 diz que a legitimidade pode ser atribuída (é removível, portanto), desde que exista autorização do sistema jurídico. Vale dizer: o sistema criou as categorias de legitimidade – que vai depender de o sujeito legitimado coincidir ou não com o sujeito da relação material -; disse que a regra é a legitimidade ordinária (o sujeito defender em nome próprio interesse próprio); e deixou que a legitimidade extraordinária fosse irradiada, desde que autorizada pelo ordenamento jurídico." (...) "Logo, a partir do texto do art. 18, em consonância com o contexto do CPC de 2015 e com a finalidade e valores que lhe são subjacentes, a conclusão a que se chega é que o sistema jurídico processual decorrente do novo Código deixou aos sujeitos espaço para o autorregramento da vontade no que concerne à legitimidade ad causam. É possível, assim, haver negócio jurídico processual que tenha como objeto a atribuição de legitimidade extraordinária a um determinado sujeito que, em princípio, não a teria." BONFIM, Daniela. A legitimação extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p.335-352. No mesmo sentido: "Não há, assim, qualquer obstáculo, a priori, para a legitimidade extraordinária de origem negocial. E, assim sendo, o direito processual civil brasileiro passará a permitir a legitimação extraordinária atípica, de origem negocial". DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*: vol. 232; junho/2014, p.71.

exercer judicial a sua pretensão⁹⁸. Ora, se o próprio titular do direito material não pode exercer tal pretensão, porque não existe legitimidade ordinária na tutela coletiva, como poderia transferi-la? Como poderia transferir uma legitimidade que sequer ostenta?

Ademais, quem seria o responsável por tal transferência? A coletividade? Os titulares dos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) não são, ao menos no plano abstrato, individualizáveis (indetermináveis ou indeterminados, respectivamente) e nos direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos) há até a possibilidade de individualização (no plano abstrato e concreto), mas como obter consenso para tal transferência?

Caso entendamos que a transferência da legitimidade possa ocorrer por manifestação de vontade dos legitimados coletivos, estaríamos diante de uma criação de legitimação extraordinária violadora do próprio ordenamento e, portanto, que não respeita o artigo 18 do CPC. O ordenamento jurídico através de normas jurídicas expressas indicou quem são os legitimados coletivos para o exercício da pretensão judicial coletiva, ou seja, o legislador realizou a seleção (controle *ope legis*).

16. Possibilidade de Celebração de Negócio Jurídico Processual Atípico nos Processos Coletivos – Análise do Artigo 190, CPC/2015 e a Sua Interface com o Instituto da Colaboração Premiada na Seara da Improbidade Administrativa

a) Possibilidade da Celebração de Negócio Jurídico Processual Atípico nos Processos Coletivos

Inicialmente, para fins de contextualização do tema, deve ser destacada a evolução dos negócios jurídicos processuais do CPC/1973 até o CPC/2015. No CPC/1973, havia a previsão expressa da possibilidade de celebração de negócios (convenções) processuais típicos, ou seja, indicadas expressamente pelo legislador, tais como: a) art. 158, CPC: permitia a realização de convenções processuais através da mera manifestação de vontade das partes, sem a necessidade da homologação judicial para fins de geração de efeitos; b) arts. 111 e 112, p.u., CPC: possibilidade de celebração de convenção processual sobre critério de competência; c) art. 333, p.u., CPC: possibilidade de celebração de convenção processual sobre a distribuição do ônus da prova; d) art. 265, CPC: possibilidade de celebração de convenção processual para a suspensão do processo.

No CPC/2015, além da previsão, com algumas reproduções do CPC/1973, de convenções processuais típicas, trouxe-se uma cláusula genérica/geral (art. 190, CPC) que serve como base para as demais e permite a criação de convenções com características, teor e efeitos definidos no caso concreto. Além da reprodução das

⁹⁸ Impende salientar, por oportuno, que as comunidades indígenas ostentam legitimidade ordinária para o exercício judicial da pretensão coletiva na defesa de seus próprios interesses, conforme artigo 37 da Lei nº 6001/1973 combinado com o artigo 232 da CR/1988. Nesta hipótese, portanto, será possível sustentar a realização de convenção processual para fins de criação de legitimidade extraordinária.

convenções típicas, tais como foro de eleição (art. 63, CPC)⁹⁹, suspensão convencional do processo (art. 313, II, CPC), distribuição convencional do ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º, CPC)¹⁰⁰ e outras, trouxe-se uma nova que é a possibilidade de realização de um calendário processual entre os sujeitos do processo (art. 191, CPC).

Imprescindível salientar, também, para fins de contextualização, que a celebração de convenções (negócios) processuais pelo Ministério Público (principal legitimado coletivo para as ações coletivas) foi recomendada através da Resolução 118 do Conselho Nacional do Ministério Público. As convenções processuais foram indicadas como forma de realização de autocomposição (arts. 15, 16 e 17 da Resolução). Esta regulamentação demonstra a releitura que o CNMP passou a fazer sobre a atuação do MP nos processos coletivos. Tais convenções referidas na resolução poderão ser celebradas tanto no momento extraprocessual (antes do início da relação jurídica processual) quanto no processual (após a judicialização). Vale mencionar, por fim, que o CNMP editou a Resolução nº 179, regulamentando alguns aspectos materiais e procedimentais referentes ao Termo de Ajustamento de Conduta, afirmando tratar-se de negócio jurídico (art. 1º) e que pode ser celebrado na seara da improbidade administrativa (art. 1º, §2º).

Há certa resistência de uma forma geral para a utilização das convenções processuais em processo civil, principalmente quando se trata de direito transindividual. Tal resistência, fulcrada mormente na argumentação de que o instrumento versa sobre instituto do direito privado e que os processos coletivos não comportam tal atuar, merece mais detida reflexão e mudança. Não há mais sentido manter a ideia de que não existe interface entre os ramos do direito privado e público.

Outro ponto de intensa resistência é a indisponibilidade dos direitos transindividuais que, por certo, vedaria a possibilidade de realização de negócio jurídico processual na seara do processo coletivo. Não podemos concordar com tal

⁹⁹ Concordamos, contudo, com a doutrina que sustenta a impossibilidade da celebração de foro de eleição em processo coletivo. Podemos mencionar: “Os limites à possibilidade da formulação, pelas partes, de negócios jurídicos processuais atípicos não foram fixados claramente pelo legislador – o que abre espaço, seguramente, para interpretação, debates e dissensões. (...) Como visto acima, a lei processual passou a prever, ao lado do negócio processual típico, a figura do negócio processual atípico. Isso permite que as partes estabeleçam convenções processuais em relação a deveres, poderes, ônus e faculdades antes do processo ou durante ele. Ocorre que a eleição de foro é prevista como negócio processual típico. E ela só foi autorizada nos casos de competência relativa (art. 63 do CPC/2015). Dessa forma, interpretar a regra do art. 190 do CPC/2015 como se ela autorizasse a eleição nos casos de competência absoluta seria equivalente a negar vigência ao art. 63 do mesmo Código.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015.

¹⁰⁰ “Ademais, não há obstáculo algum à aplicação da regra geral do Código de Processo Civil/2015 aos processos relacionados ao direito do consumidor ou, mais diretamente àquilo que interessa ao presente estudo, ao processo coletivo. Está claramente assentado na compreensão dos parâmetros normativos aplicáveis ao processo coletivo que, nada obstante a existência de regras próprias, que configuram verdadeiro sistema próprio de tutela, o Código de Processo Civil se aplica subsidiariamente às ações coletivas. Mostra-se razoável concluir que nas ações coletivas se aplica, em princípio, a disciplina do art. 6º, VIII, do CDC, pelos motivos anteriormente expostos. Quando não for cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, poderá, em caráter subsidiário, ser aplicado o disposto no art. 373, §1º, do CPC/2015.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015.

premissa, pois há clara confusão entre a disponibilidade do direito material (negócio jurídico de direito material) e a celebração de uma convenção sobre os aspectos processuais (negócio jurídico processual).¹⁰¹ Neste último caso, a celebração da convenção processual, que fica adstrita aos ônus, deveres, direitos e faculdades processuais, não ensejará a renúncia ou outra forma de disposição do direito material. A indisponibilidade do direito material não gera, necessariamente, a indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais e procedimentos.

A mera indisponibilidade do direito material ou o fato do direito material não admitir autocomposição (*vide* art. 190, CPC) não poderá, portanto, servir de óbice para a realização do negócio jurídico processual.¹⁰² A cláusula genérica (art. 190, CPC) que permite a realização de negócios jurídicos processuais não exige que o direito seja disponível, mas que admita autocomposição e é inegável a possibilidade de realização de autocomposição na seara do processo coletivo, pois o próprio ordenamento permite a celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, LACP), acordo de leniência (art. 16, LAC e art. 86, LDC) e compromisso de cessação (art. 85, LDC).

Por fim, a celebração de uma convenção processual poderá, em última análise, reforçar a proteção processual de um direito transindividual, mantendo, com isso, a higidez do cerne do direito e, portanto, respeitando o princípio da máxima efetividade da tutela coletiva, ou seja, o resultado mais adequado e efetivo da demanda coletiva (art. 83, CDC). Esta celebração será útil, por exemplo, para os casos de grande repercussão e complexidade para fins de fixação da competência adequada, convenção sobre a distribuição do ônus da prova, utilização de técnicas processuais diferenciadas etc.¹⁰³

¹⁰¹ No mesmo sentido, podemos destacar o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que preconiza o seguinte: “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.”

¹⁰² “(...) não deve ser excluída a possibilidade de sua utilização no campo do processo coletivo. Note-se que a cláusula contida no art. 190 do CPC/2015 não exige como condição à sua realização que o direito seja disponível, mas, sim, que admita autocomposição. Os direitos coletivos admitem autocomposição. O compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985) é um caso de autocomposição, com submissão do obrigado, ajustando seu comportamento às exigências legais, convencionando as partes relativamente aos prazos e à forma ou modo de cumprimento da obrigação. Assim, não deve ser descartada, sem mais, a viabilidade de negócios jurídico-processuais, até mesmo em compromisso de ajustamento de conduta (formado durante ou ao final do inquérito civil, por exemplo), em que venha a ser convencionada alguma modificação no procedimento judicial, nos deveres processuais das partes ou, mesmo, em relação aos ônus probatórios, na hipótese de ajuizamento de ação coletiva.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015. No mesmo sentido: “Parece-nos evidente que há negociação nas ações coletivas no que tange ao modo e ao tempo da reparação do dano coletivo, sempre com vistas à máxima efetividade da tutela destes interesses. Nesse sentido, ainda que indisponíveis em algum grau, estes dados não impedem a negociação.” CABRAL, Antonio do Passo. *As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta*. In: *Ministério Público*. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coordenadores: Robson Renault Godinho e Susana Henriques da Costa. Coordenação Geral: Fredie Didier Júnior. Editora Juspodivm: Salvador.

¹⁰³ “Por este motivo, a indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais, até porque a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade. Imaginemos numa demanda em que figure um incapaz, ou numa ação coletiva: caso o MP ou outro legitimado extraordinário firme convenção processual para fixar um foro competente que seja mais eficiente para a colheita da prova ou que importe em maior proximidade geográfica com a comunidade lesada; ou um acordo para ampliar os prazos que possui para praticar atos do processo; ou uma convenção que amplie os meios de prova,

b) Possibilidade da Celebração do Acordo de Colaboração Premiada na Seara da Improbidade Administrativa

O regime da consensualidade é plenamente aplicável aos fatos penalmente típicos praticados contra a administração pública, através do instituto da colaboração premiada que, aliás, prescinde da existência de uma ação penal pública em curso para a sua celebração (art. 4º da Lei nº 12850/2013). Os atos de improbidade administrativa podem ser derivados de fatos penalmente típicos quando lesivos à Administração Pública e a recíproca é plenamente verdadeira. Ao perceber tal relação, factível sustentar uma interpretação sistemática entre os dois regimes sancionatórios que permita uma interpenetração das normas¹⁰⁴.

Nada obstante, é plenamente possível a celebração de acordo de leniência para atos de corrupção prejudiciais à Administração Pública, conforme preconizam os arts. 16 e 17 da Lei nº 12846/2013. As leis anticorrupção e de improbidade administrativa fazem parte de um mesmo microssistema, razão pela qual haverá o devido diálogo de fontes. *Como podemos permitir a realização de acordos de leniência para atos de corrupção e não para os atos de improbidade administrativa?* Afirmar a impossibilidade acarretaria uma perniciosa desarmonia no sistema. Merece destaque, também, que a realização de acordo de leniência não configurará pressuposto processual negativo para a ação civil pública por ato de improbidade administrativa (art. 30, Lei nº 12846/2013). Assim, qual seria a vantagem em celebrar acordo de leniência se o celebrante poderá ser demandado por improbidade? Admitir a aplicação do regime de consensualidade permitirá a efetividade dos acordos de leniência.¹⁰⁵

Há, entretanto, setor doutrinário¹⁰⁶ que sustenta a inaplicabilidade do instituto da colaboração premiada na seara da improbidade administrativa. Para esta tese

ou que facilitem o acesso à justiça do incapaz. Enfim, os exemplos são inúmeros e mostram que, mesmo em processos com alguma indisponibilidade, são possíveis.” CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. *In: Ministério Público. Coleção Repercussões do Novo CPC*. Coordenadores: Robson Renault Godinho e Susana Henriques da Costa. Coordenação Geral: Fredie Didier Júnior. Editora Juspodivm: Salvador.

¹⁰⁴ “A relação entre ambos ficou clara na edição da MP 703/2015. Segundo o texto da medida provisória (embora discutível do ponto de vista constitucional, por gerar a revogação de uma norma processual por medida provisória), a celebração dos acordos de leniência impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com ações coletivas anticorrupção, ações de improbidade ou outras ações de natureza civil em face das empresas. E mais, havendo participação do Ministério Público, o acordo impedirá o ajuizamento e o prosseguimento de ações ajuizadas por qualquer legitimado (art. 16, §§ 11 e 12, Lei nº 12.846/2013). Mas é bom lembrar que a MP 703/2015 acabou caducando em maio de 2016. Mas há ainda um argumento dogmático mais simples para defender a revogação do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade. O §4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) expressamente admite a autocomposição em ação de improbidade administrativa: ‘§4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.’” DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *A&C – R. de Dir. Adm. Const.* Belo Horizonte, ano 17, nº 67, p.105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec. V 17 i 67.475.

¹⁰⁵ Em sentido diverso do que sustentamos no texto, podemos mencionar: “O art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 veda, expressamente, ‘a transação, acordo ou conciliação’ nas ações de improbidade (momento processual). Evidentemente, vedados também estarão tais negócios jurídicos no momento pré-processual, conclusão a que se deve chegar sob pena de esvaziamento da regra.” GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 8ª edição. Editora Saraiva, 2017, p.905.

¹⁰⁶ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 9ª edição. Editora Saraiva, 2017, p.915.

doutrinária, o ordenamento jurídico impede a celebração de tal instituto com base nos seguintes fundamentos: a) vedação expressa para a realização de acordo, conciliação e transação, conforme preconiza o art. 17, §1º, LIA, pois tal norma alcança o instituto da colaboração premiada; b) a independência relativa das instâncias civil, penal e administrativa (arts. 65, 66 e 386, I, IV e VI, CPP e 935, CC), que sugere que não haverá, ressalvados casos específicos, relação direta entre as esferas sancionatórias; c) as sanções da lei de improbidade administrativa independem das demais civis, penais e administrativas previstas nas demais leis especiais (art. 12, LIA). Esta mesma doutrina sustenta a possibilidade de reflexos dos acordos de colaboração premiada na seara da improbidade administrativa, mormente como elemento de formação da convicção do magistrado quando usado como prova emprestada (art. 372, CPC). Nada obstante, admite a possibilidade de celebração, na seara da improbidade administrativa, do acordo de leniência previsto no art. 16, LAC.¹⁰⁷

Com o advento da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, que em seu art. 18 permite a celebração de acordo de não persecução penal entre o MP e o autor do fato, entendemos ser possível, também, e pelos mesmos motivos acima expostos, a celebração de acordo de não propositura da demanda de improbidade administrativa, mormente nos casos de pequena relevância, tais como acumulação irregular de cargos e lesão ao erário de pequena monta. Para admitirmos a possibilidade de tal avença, que em nada difere, na essência, do acordo de leniência e de colaboração premiada, imprescindível a observância de todos os requisitos elencados na referida norma.

17. Possibilidade da Realização da Autocomposição nos Processos Coletivos – Aplicação da Opção da Realização da Audiência de Conciliação e Mediação nos Processos Coletivos – Análise dos Artigos 319, VII e 334, §4º, CPC/2015

Uma das mais significativas modificações advindas com o CPC/2015 foi a adoção do regime da consensualidade como um dos principais vetores do exercício da tutela jurisdicional. Neste diapasão, merece destaque a inserção de uma fase de conciliação e mediação no procedimento, bem como a necessidade da parte autora, no bojo da inicial, e da parte ré, antes do oferecimento de contestação, manifestarem-se expressamente acerca da realização ou não desta etapa. Somente com a manifestação expressa de ambos (art. 334, §4º, I, CPC) não será designada a realização da audiência de conciliação e mediação.

Esta etapa do procedimento também será realizada caso não seja admitida a autocomposição (art. 334, §4º, II, CPC). A impossibilidade de autocomposição não pode ser conceitualmente confundida com a indisponibilidade do direito material.

¹⁰⁷ “Mas a resposta parece ser positiva, em prol da celebração do acordo de leniência, se considerarmos que a nova Lei Anticorrupção passa a integrar o denominado microsistema processual de tutela coletiva da probidade administrativa, conclusão a que se chega a partir da redação de seu art. 21 (‘Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985’). Ou seja, embora reste rígida a restrição contida no art. 17, §1º, da LIA, a celebração do acordo de leniência será possível em razão da superveniência de norma especial autorizativa, que, como dito, compõe, atualmente, o microsistema de tutela coletiva do patrimônio público. Contudo, o acordo beneficiará apenas a pessoa jurídica, não o agente público, que responderá integralmente por sua conduta nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.” GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 9ª edição. Editora Saraiva, 2017.

A autocomposição nada mais é do que a possibilidade das partes buscarem, sem a interveniência de um terceiro (heterocomposição), a composição do litígio. Ora, a solução consensual do litígio não enseja, necessariamente, a disponibilidade do cerne do direito material subjacente, pois é plenamente possível realizar a autocomposição mantendo-se o direito material intacto.

Considerando que no processo coletivo, via de regra, os direitos so indisponíveis, surge a necessidade de indagar-se acerca da possibilidade de realização desta etapa do procedimento¹⁰⁸. Inicialmente, cumpre salientar a necessidade de manifestação expressa das partes sobre a realização da etapa, mormente o autor, pois tal manifestação decorre de regra expressa prevista no art. 319, VII, CPC, sendo, portanto, requisito da inicial. Mesmo que o autor não deseje a realização desta etapa, precisará, ao menos, manifestar-se.

Neste contexto, vale mencionar a possibilidade jurídica da celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 5, 6, LACP), que tem um viés claro de autocomposição no plano extraprocessual e extrajudicial.¹⁰⁹ Ora, se não se questiona a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, mesmo quando referente aos direitos transindividuais indisponíveis, por qual razão jurídica restaria vedada a possibilidade, no plano processual, da prática de tal ato?¹¹⁰

Não existe óbice apriorístico (não há vedação expressa nos procedimentos) para a realização desta etapa procedimental nos processos coletivos,  exceção do art. 17, 1 da Lei n 8429/1992. No procedimento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, existe vedação expressa para a realização de acordo, conciliação e transação.¹¹¹

Assim, pela literalidade da norma, será jurídicamente impossível a aplicação do regime de consensualidade na seara da improbidade administrativa. Entretanto, com o advento do art. 36, 4 da Lei n 13140/2015, houve a revogação implícita do art. 17, 1 da Lei n 8429/1992, permitindo, por conseguinte, a realização de conciliação e mediação na seara da improbidade administrativa.

¹⁰⁸ Apesar de o tpico referir-se expressamente sobre a possibilidade da realização da etapa procedimental, as premissas e conclusões que serão apresentadas valerão para qualquer ato de autocomposição no curso do procedimento.

¹⁰⁹ Vale mencionar que o termo de ajustamento de conduta não é o único instrumento  disposição dos legitimados coletivos para a realização da autocomposição, pois existem: a) convenção coletiva de consumo (art. 107, CDC) b) convenção coletiva de trabalho (art. 611, CLT); c) compromisso de cessação (art. 85, LDC) e d) acordo ou programa de leniência (art. 16, LAC e art. 86, LDC). O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução n 118, que regulamenta e recomenda a adoção pelo Ministério Público das convenções processuais como um dos instrumentos da autocomposição.

¹¹⁰ "Ofenderia os princípios mais básicos de interpretação jurídica entender que os legitimados coletivos podem compor com os responsáveis fora do processo judicial, sem qualquer fiscalização, e não podem fazê-lo no curso da ação civil pública, em que a solução ficará sujeita à apreciação judicial, para homologação ou, no mínimo, análise da validade sob a perspectiva da perda do interesse processual na continuidade da ação, sujeitando-se, ainda,  fiscalização do Ministério Público se for o autor (art. 5, 1, LACP)." GRAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: *Processo Coletivo*. Coordenador, Hermes Zaneti Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol.8; Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.).

¹¹¹ Impende mencionar que, durante a vigência e a eficácia da Medida Provisória 703/15, era possível a realização de tais atos, pois havia sido revogado expressamente o artigo mencionado (art. 2).

O objeto, contudo, deste regime de consensualidade não pode ser total. O regime de consenso deve ater-se somente aos aspectos ressarcitório (multa civil e ressarcimento ao erário) e desconstitutivo (anulação do ato ou do contrato administrativo) decorrentes da prática do ato de improbidade administrativa¹¹². As demais consequências jurídicas previstas no art. 12 da Lei nº 8429/1992 e art. 37, §4º da CR/1988 (proibição de recebimento de verbas públicas, proibição de contratação com o poder público, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e indisponibilidade de bens), não podem ser objeto de acordo, conciliação e transação, pois estão abrangidas pela cláusula de reserva de jurisdição.¹¹³

Outro ponto que deve ser enfrentado é o cotejo entre a autocomposição e o regime jurídico *in utilibus* do processo coletivo. Fixada a premissa da possibilidade da autocomposição nos processos coletivos, deve ser fixada a conclusão de que o resultado da solução consensual não pode prejudicar a eventual tutela jurisdicional individual, ou seja, não pode ser empecilho para que os indivíduos (nos casos, principalmente de direito individuais homogêneos) possam promover as suas próprias demandas. Entendemos que é imprescindível constar tal advertência nos termos da autocomposição, com base nos princípios da transparência, boa-fé objetiva e cooperação (arts. 5º e 6º, CPC). Ademais, a autocomposição não poderá ensejar a disponibilidade do direito material, pois pertencente aos membros da coletividade e não ao legitimado coletivo. É plenamente possível, diga-se, a realização da autocomposição sem a disposição do direito material subjacente, até porque não se trata de uma transação tal como a que existe no direito civil (art. 840, CC).¹¹⁴

¹¹² “Finalmente, na dimensão ressarcitória/desconstitutiva da ação de improbidade, que é idêntica a qualquer ação civil pública ou ação popular, a autocomposição não apresenta qualquer problema. Especialmente se considerarmos que o CPC apresenta a possibilidade de homologação de autocomposição parcial (art. 354, par. único, CPC).” DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *A&C – R. de Dir. Adm. Const.* | Belo Horizonte, ano 17, nº 67, p.105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17 i 67.475. No mesmo sentido, vale citar: “Na ação de improbidade administrativa ocorre exatamente o mesmo com relação à reparação dos danos causados ao patrimônio público e à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo. O que o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 não admitia era qualquer espécie de transação que tivesse como objeto as penas de natureza político administrativas previstas pelo art. 12 da Lei nº 8.429/1992, não se permitindo qualquer espécie de transação no tocante à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.” NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª edição. Editora Juspodivm: Salvador.

¹¹³ Nada obstante, é factível sustentar a possibilidade do autor do ato de improbidade administrativa assumir, através do consenso, o compromisso de não concorrer a cargos eletivos pelo prazo previsto na lei de improbidade administrativa, pois não haveria cerceamento de um direito fundamental, mas de parcela do seu exercício.

¹¹⁴ “A negociação em tutela coletiva se volta, sempre, para a definição da interpretação do direito no caso concreto e das condições necessárias a sua efetividade, isto é, versará sobre a respectiva concretização (objeto do próximo tópico), e resultará, sempre, um negócio jurídico sui generis, marcado pela nota da indisponibilidade dos direitos pelos legitimados coletivos, e não uma transação.” GRAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas*. In: *Processo Coletivo*. Coordenador: Hermes Zaneti Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 8; Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.) No mesmo sentido, podemos mencionar: “Na tutela coletiva a transação não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação. O direito ao meio ambiente saudável é irrenunciável, mas são, por exemplo, variadas as maneiras de se restaurar uma área degradada, sendo justamente sobre essas maneiras de tutelas do meio ambiente saudável que recairá a transação.” NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª edição. Editora Juspodivm: Salvador.

O objeto da autocomposição na tutela coletiva não será o afastamento das normas jurídicas que instituem obrigações ou a renúncia ao direito material, mas a especificação das condições de modo, tempo e local para a implementação dos direitos transindividuais que visa a tutelar, ou seja, somente os aspectos periféricos ou secundários, jamais o cerne do direito material.¹¹⁵ Pode ainda ter por objeto a definição da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados ou até mesmo a dimensão da aplicação prática de determinado princípio jurídico ou regra jurídica positivada.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de realização de autocomposição durante o curso de um processo coletivo.¹¹⁶

18. Aplicação do Procedimento Comum (Artigo 318, CPC/2015) aos Processos Coletivos – Análise dos Artigos 105-A da Lei nº 9504/1997 e 21 da Lei nº 12846/2013

Um dos temas de grande repercussão nos processos coletivos é sempre a indicação/utilização do procedimento adequado. O CPC/2015, seguindo a linha do neoprocessualismo, adotou o princípio do procedimento único, qual seja, o comum (art. 318, CPC). Com a adoção do procedimento único, foi extinta a dicotomia que havia no CPC/1973 entre os procedimentos ordinário e sumário, ambas espécies do procedimento comum.¹¹⁷

¹¹⁵ “E esta possibilidade parece-nos ainda mais evidente depois da edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que, em seus arts. 16 e 17, prevê a celebração de acordos de leniência com os infratores que praticaram o ato ilícito. A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/2013 tem interseção com a da Lei nº 8.429/1992. A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa. Ambas as leis possuem esferas de aplicação autônomas, como afirma o art. 30 da Lei nº 12.846/2013, mas suas sanções podem ser cumuladas. Além do mais, pelos arts. 3º e 6º da Lei nº 8.429/1992, os beneficiários dos atos de improbidade podem ser atingidos; e estes podem ser pessoas jurídicas”. CABRAL, Antonio do Passo. “As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta”. In: *Ministério Público. Coleção Repercussões do Novo CPC*. Coordenadores: Robson Renault Godinho e Susana Henriques da Costa. Coordenação Geral: Fredie Didier Júnior. Editora Juspodivm: Salvador. GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et alii* (Org.). *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2012, p.317 e ss. FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência da Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.263 e ss. No mesmo sentido, podemos citar: GRAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: *Processo Coletivo*. Coordenador: Hermes Zaneti Jr. – Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 8; Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.); RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹¹⁶ “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido.” (STJ - REsp: 299400 RJ 2001/0003094-7, Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Data de Julgamento: 01/06/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/08/2006 p.229).

¹¹⁷ Importante destacar a possibilidade de aplicação das normas do procedimento sumário previstas no CPC/1973 de forma ultrativa, conforme preconiza o art. 1046, §1º, CPC/2015.

Apesar da adoção deste procedimento único, não há que se falar em rigidez procedimental, mas sim de flexibilidade, que permite a adaptação da regra procedimental às especificidades do caso concreto (construção da ação mais adequada ao caso concreto), conforme arts. 139, VI e 329, §2º, CPC.

O CPC/2015 modificou e revogou alguns procedimentos especiais que estavam delineados no corpo do CPC/1973, bem como alguns que constavam em leis extravagantes, mas não teve o condão de atingir os procedimentos previstos para os processos coletivos.

Assim, podemos concluir pela manutenção dos procedimentos especiais previstos para a regulamentação dos processos coletivos, quando existentes, tais como a Lei de Ação Popular (nº 4717/1965), Lei do Mandado de Segurança (nº 12.016/2009), Lei do Mandado de Injunção (nº 13.300/2016) e Lei de Improbidade Administrativa (nº 98429/1992). Nestas leis especiais citadas, só há peculiaridades procedimentais exclusivas no art. 7º, I da LMS, e art. 17 e §§ da LIA. Nas demais leis especiais dos processos coletivos, há, quando muito, prazos diferentes (art. 7º, §2º, IV da LAP).¹¹⁸

O grande problema a ser enfrentado reside na Lei de Ação Civil Pública (nº 7347/1985), por não fixar qualquer tipo de procedimento/rito. Apesar desta omissão legal, há normas jurídicas que fazem remissões expressas no sentido da aplicação do procedimento previsto na LACP. Podemos apontar como exemplos os arts. 105-A da Lei nº 9504/1997¹¹⁹ e 21 da LAC¹²⁰.

A primeira lei preconiza a inaplicabilidade dos procedimentos previstos na LACP. Trata-se de uma regra inócua, pois não há procedimento previsto na LACP. Poder-se-ia, diante da redação da norma, afirmar a inaplicabilidade do ajuizamento de Ação Civil Pública em matéria eleitoral. De fato, parece ter sido esta a intenção de legislador, mas há que se atentar para a adstrição da norma em comento. A vedação, caso entenda pela sua existência, somente poderá atingir a ação civil pública, restando a possibilidade jurídica para o manejo das demais demandas coletivas, inclusive a de improbidade administrativa. Vale dizer que a vedação prevista não impede a eventual instauração de inquérito civil para investigar fatos relativos aos direitos transindividuais, porque se trata de um procedimento administrativo que não é exclusivamente base para ajuizamento de ação civil pública; não haverá, também, óbice para a celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, LACP), pois, além de não ter a natureza jurídica de procedimento, não se trata de instrumento exclusivo da LACP.¹²¹

¹¹⁸ Impende destacar, por fim, que a própria lei de ação popular preconiza a aplicabilidade do procedimento ordinário delineado nos CPCs de 1939 e 1973, desde que observadas as regras específicas do art. 7º. Ora, com a devida atualização, considerando que o procedimento ordinário deixou de existir, deve ser aplicado procedimento comum previsto a partir do art. 318, CPC/2015, de forma subsidiária, tal como determinado no art. 318, p.u., do mesmo diploma legal.

¹¹⁹ “Art. 105-A. Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (Artigo acrescido pela Lei nº 12.034, de 29/9/2009).”

¹²⁰ “Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”

¹²¹ Assim se pronunciou o Tribunal Superior Eleitoral: “A declaração de ilicitude somente porque obtidas as provas em inquérito civil significa blindar da apreciação da Justiça Eleitoral condutas em desacordo com a legislação de regência e impossibilita o Ministério Público de exercer o seu múnus constitucional, o inquérito

Ao que parece, o legislador intentou vedar a utilização do Inquérito Civil, cuja natureza jurídica é de procedimento administrativo, na seara eleitoral.¹²²Tal instrumento, ao contrário do que pensou o nobre legislador, não é de aplicação exclusiva às ações civis públicas, pois pode servir de substrato para qualquer instrumento (judicial ou extrajudicial) da tutela coletiva, inclusive das ações eleitorais (impugnação de mandato eletivo, captação ilícita de sufrágio e investigação judicial eleitoral) que são, a rigor, ações coletivas, mas não ações civis públicas.

Qualquer que tenha sido a intenção do legislador, trata-se de equivocada (para se dizer o mínimo!) opção, pois não há substrato jurídico para retirar da esfera da tutela jurisdicional, mediante atuação do Ministério Público, a defesa da higidez do processo eleitoral, da legitimidade das eleições, da normalidade, paridade de oportunidades, moralidade e probidade na seara eleitoral. Trata-se, por óbvio de direito difuso pertencente à coletividade.

Esta vedação prevista no art. 105-A, Lei nº 9504/1997, portanto, é inconstitucional com base nos seguintes argumentos: a) retira a efetividade da tutela jurisdicional coletiva na seara eleitoral (art. 5º, LIV, CR/1988); b) viola o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/1988); c) retira do Ministério Público uma de suas funções institucionais, que é a tutela jurídica da ordem jurídica e do regime democrático através da instauração de inquérito civil e propositura de Ação Civil Pública (arts. 127 e 129, III, CR/1988); d) aplicação do conceito único de garantias constitucionais para abranger as garantias institucionais, como se destacam as relativas ao Ministério Público¹²³; e)

não se restringe à ação civil pública, tratando-se de procedimento administrativo por excelência do *Parquet* e que pode embasar outras ações judiciais.” Ac. TSE, de 8. 9. 2015, no REsp nº 54588. Em sentido contrário, merece destaque precedente mais antigo da mesma corte: “Representação eleitoral. Descumprimento de termo de ajustamento de conduta. 1. A realização de termos de ajustamento de conduta previstos no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985 não é admitida para regular atos e comportamentos durante a campanha eleitoral, consoante dispõe o art. 105-A da Lei nº 9.504/1997. (...) Recurso especial parcialmente provido para extinguir, sem julgamento do mérito, a representação, desprovido o pedido de reconhecimento de litigância de má-fé.” Rio de Janeiro, vol. 1 nº 1, Maio/Agosto 2015, p.261-269 (TSE – REsp nº 322-31/RN – Rel. Min. Henrique Neves da Silva – j. em 08/05/2014 – v.u. – DJE, de 30/05/2014).

¹²² No atual 105-A, sequer constava o projeto original, mas decorreu de emenda de autoria do Deputado Bonifácio Andrada (Emenda de Plenário nº 57, da Câmara dos Deputados). Na justificativa, o nobre Deputado assim ponderou: “O processo eleitoral é específico e precisa ser devidamente regulamentado e não pode ser alterado na prática do dia a dia, quer por parte do Juiz Eleitoral, quer por parte do Membro do Ministério Público. São comuns ocorrências em que o Ministério Público instala sindicâncias seguindo os procedimentos que se prevê a Lei da Ação Civil Pública ou certos tipos de inquéritos que na realidade representam providências (*sic*) ilegais e com graves repercussões no processo político eleitoral, mesmo que estes inquéritos não resultem em apuração de qualquer infração. Só o fato de se instalar uma sindicância contra um candidato já constitui uma providência (*sic*) que atingi (*sic*) de uma forma muito expressiva sua campanha eleitoral.”

¹²³ “No mundo jurídico latino-americano, pelo menos entre nós no Brasil, parece haver uma inclinação a subsumir as garantias institucionais na larga esfera ou universo das garantias constitucionais, não se fazendo, por conseguinte, cabedal de um tratamento autônomo ou admissão de que estamos em presença de uma classe de garantias inteiramente nova. Em razão disso, poder-se-ia talvez redefinir a garantia constitucional com toda a largueza possível, tendo em conta também a dilação de seu conteúdo, a par das variações valorativas que lhe têm sido impostas pela natureza do Estado Social, visto que este subtraiu de referidas garantias o caráter estritamente individualista. Nesse caso faz-se mister acolher o alargamento conceitual da garantia constitucional a fim de que nela se possam encaixar também as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado. Chegamos, portanto, à seguinte conclusão: a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

violação da cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CR/1988), ao considerar o inquérito civil e ação civil pública como tais, apesar de não estarem dispostos no rol do art. 5º, CR/1988¹²⁴; f) violação aos princípios da moralidade, da probidade e da coibição ao abuso do poder político e econômico (art. 14, §9º, CR/1988), através da utilização do princípio da proteção deficiente.¹²⁵ Por fim, não é juridicamente possível a criação de normas e/ou a interpretação restritiva às garantias institucionais do Ministério Público para servirem de barreira à eficácia social da atuação da instituição na seara eleitoral, em salvaguarda de interesse individual de candidato.

O Tribunal Superior Eleitoral, devidamente instado a se manifestar sobre o tema, reconheceu a inconstitucionalidade da norma do art. 105-A, Lei nº 9504/1997, permitindo o uso do inquérito civil e o manejo da ação civil pública em matéria eleitoral.¹²⁶

¹²⁴ “No entanto, segundo a doutrina, a expressão direitos e garantias individuais exprime os limites teóricos, históricos e específicos traçados para traduzir na essência o pensamento da Escola Liberal e sua versão do positivismo jurídico. É preciso outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivistas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais (BONAVIDES, 2007, p.638). Além disso, só é possível atingir o verdadeiro sentido da Constituição, por meio de uma hermenêutica constitucional dos Direitos e Garantias Fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito, tornando-se inconstitucional qualquer interpretação restritiva da expressão direitos e garantias individuais, que não pode servir de argumento para a exclusão dos direitos sociais e dos coletivos da proteção da cláusula pétrea. Pelo exposto, a elevação do inquérito civil e da ação civil pública ao plano constitucional e sua afirmação como garantia institucional do Ministério Público na proteção dos interesses metaindividuais leva à conclusão de que tais institutos consistem em verdadeira cláusula pétrea, embora não previstos expressamente no art. 5º da Constituição Federal de 1988.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. GUIMARÃES, Marla Marcon Andrade. *A vedação dos procedimentos da acp em matéria eleitoral e as garantias do Ministério Público*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 12 – nº 41, p.135-153– jul./dez. 2013.

¹²⁵ No mesmo sentido do texto, vale mencionar as seguintes lições: “Analisando a Constituição Federal, que dispôs expressamente acerca da Ação Civil pública, entendemos que a *voluntas legislatoris* não é suficiente para justificar a norma restritiva, nos moldes em que se deu. Ora, não é porque a Ação Civil Pública e o Inquérito Civil são utilizados de forma abusiva, que se justifica a supressão do instituto no campo eleitoral. Imagine-se o caso em que um candidato, valendo-se do cargo de agente público lese o patrimônio público, cuja conduta se enquadra, ao mesmo tempo, como abuso de poder político e econômico – captação ilícita de sufrágio, mediante distribuição de benefícios financiados com recurso público. A norma infraconstitucional específica disciplinando o tema não faz qualquer restrição. Via interpretação sistemática, verifica-se que a norma está em dissonância com o postulado constitucional que propõe o combate à improbidade administrativa e a proteção do patrimônio público e social, dos quais a lisura do pleito é correlato. A Constituição Federal consagra os princípios da moralidade, da probidade, o princípio democrático e a coibição ao abuso do poder político e econômico. A redação do art. 105-A, Lei nº 9.504/1997, vai totalmente de encontro a tais desideratos. Trata-se de norma incompatível com a Carta Mãe e, portanto, inconstitucional.” GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

¹²⁶ “Ementa: RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS. ART. 73, §10, DA LEI nº 9.504/1997. PRELIMINARES REJEITADAS. ART. 105-A DA LEI nº 9.504/1997. APLICABILIDADE ÀS AÇÕES ELEITORAIS. MÉRITO. PROGRAMA SOCIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI PRÉVIA. MULTA. DESPROVIMENTO. (...) 2. A interpretação do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 pretendida pelo recorrente no sentido de que as provas produzidas em inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público Eleitoral seriam ilícitas não merece prosperar, nos termos da diversidade de fundamentos adotados pelos membros desta Corte Superior, a saber: 2.1. Sem adentrar a questão atinente à constitucionalidade do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, ressalte-se que i) da leitura do dispositivo ou da justificativa parlamentar de sua criação não há como se retirar a conclusão de que são ilícitas as provas colhidas naquele procedimento; ii) a declaração de ilicitude somente porque obtidas as provas em inquérito civil significa blindar da apreciação da Justiça Eleitoral condutas em desacordo com a legislação de regência e impossibilita o Ministério Público de exercer o seu múnus constitucional; iii) o inquérito civil não se restringe à ação civil pública, tratando-se de procedimento administrativo por excelência do *Parquet* e que pode embasar outras ações judiciais (Ministros João Otávio de Noronha, Luciana Lóssio e

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, também se manifestou, em *obiter dictum*, sobre o tema, em sede de recurso extraordinário.¹²⁷ Impende salientar,

Dias Toffoli). 2.2. Ao art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 deve ser dada interpretação conforme a Constituição Federal para que se reconheça, no que tange ao inquérito civil público, a impossibilidade de sua instauração para apuração apenas de ilícitos eleitorais, sem prejuízo de: i) ser adotado o Procedimento Preparatório Eleitoral já previsto pelo Procurador-Geral da República; ou ii) serem aproveitados para propositura de ações eleitorais elementos que estejam contidos em inquéritos civis públicos que tenham sido devidamente instaurados, para os fins previstos na Constituição e na Lei nº 7.347/1985 (Ministros Henrique Neves e Gilmar Mendes). 2.3. O art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 é inconstitucional, pois: i) o art. 127 da CF/88 atribuiu expressamente ao *Parquet* a prerrogativa de tutela de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis, de modo que a defesa da higidez da competição eleitoral e dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento jurídico eleitoral se situa no espectro constitucional de suas atribuições; ii) a restrição do exercício de funções institucionais pelo Ministério Público viola o art. 129, III, da CF/88, dispositivo que prevê o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos; iii) houve evidente abuso do exercício do poder de legislar ao se afastar, em matéria eleitoral, os procedimentos da Lei nº 7.347/1985 sob a justificativa de que estes poderiam vir a prejudicar a campanha eleitoral e a atuação política de candidatas (Ministros Luiz Fux e Maria Thereza de Assis Moura). 3. Inexiste, no caso dos autos, violação aos arts. 275, I e II, do Código Eleitoral, 93, IX, da CF/88 e 165 e 458, II, do CPC, pois a) a Corte Regional manifestou-se expressa e fundamentadamente acerca das provas em tese derivadas do inquérito civil público; b) é indevida inovação de teses em sede de embargos de declaração; c) não se admitem os embargos por suposta omissão quanto ao exame de matéria contida somente no parecer do Ministério Público. 4. A doação de manilhas a famílias carentes, sem previsão do respectivo programa social em lei prévia, configura a conduta vedada do art. 73, §10, da Lei nº 9.504/1997, sendo irrelevante o fato de as doações supostamente atenderem ao comando do art. 23, II e IX, da CF/88. Manutenção da multa imposta ao recorrente. 5. Recurso especial eleitoral a que se nega provimento.” (REsp – Recurso Especial Eleitoral nº 54588 – Santa Cruz Do Escalvado/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, em 08/09/2015, DJE de 04/11/2015).

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2014. GOVERNADOR. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO ELEITORAL (PPE). ART. 105-A DA LEI nº 9.504/1997. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INSTAURAÇÃO POR PORTARIA. SEGURANÇA JURÍDICA. OBSERVÂNCIA. RETORNO DOS AUTOS. DESPROVIMENTO. 1. O art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 que veda na seara eleitoral adoção de procedimentos contidos na Lei nº 7.347/1985 deve ser interpretado conforme o art. 127 da CF/88, no qual se atribui ao Ministério Público prerrogativa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e de interesses sociais individuais indisponíveis, e o art. 129, III, que prevê inquérito civil e ação civil pública para proteger interesses difusos e coletivos. Precedentes. 2. A instauração de Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE) é lícita e não ofende os mencionados dispositivos legais e constitucionais. 3. A jurisprudência inicialmente firmada quanto à impossibilidade de instauração de inquérito civil público no âmbito desta Justiça incidu apenas nas Eleições 2010 e 2012. Por conseguinte, a mudança desse entendimento para o pleito de 2014 em diante (caso dos autos) não constitui afronta à segurança jurídica (art. 16 da CF/88). Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido, confirmando-se formação de autos suplementares para imediata remessa ao TRE/PI.” (AgR-REsp - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 129055 – Teresina/PI, Rel. Min Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, em 23/08/2016, DJE 30/09/2016).

¹²⁷ “DESPACHO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ELEITORAL. GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR DO AMAZONAS. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL E ELEITORAL. UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS COLHIDOS EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. TÉRMINO DA LEGISLATURA 2011-2014. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PRECEDENTES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RECURSO PREJUDICADO. 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Superior Eleitoral: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÃO 2010. GOVERNADOR. VICE-GOVERNADOR. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. PROVA ILÍCITA. ART. 105-A DA LEI Nº 9.504/1997. DESPROVIMENTO. 1. Conforme decidido por esta Corte no julgamento do RO nº 4746-42/AM, o Ministério Público Eleitoral não pode se valer do inquérito civil público no âmbito eleitoral, consoante a limitação imposta pelo art. 105-A da Lei das Eleições. Ressalva do entendimento do relator. 2. *In casu*, a investigação foi instruída com documentos e mídia colhidos em inquérito civil público, não havendo outros elementos hábeis a comprovar os supostos abusos de poder político e econômico. 3. Agravo regimental desprovido” (fl. 761). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 783-789). 2. O Recorrente alega contrariados os arts. 14, §9º, 127, *caput*, e 129, inc. III, da Constituição da República. Sustenta que o Tribunal Superior Eleitoral reiteradamente vem reconhecendo a ilicitude da prova colhida pelo Ministério Público Eleitoral, a fim de subsidiar ações eleitorais, no bojo de

entretanto, que há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4352) ainda em processamento sobre o tema.¹²⁸

inquérito civil público, a teor do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, em afronta direta às funções institucionais atribuídas pela própria Constituição Federal ao *Parquet*” (fl. 801). Requer “seja desconstituído o acórdão proferido pelo e. Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo-se a licitude das provas em que se funda a ação de investigação judicial eleitoral” (fl. 807). 3. Os autos vieram-me conclusos em 24.9.2014, pelo que requisitei parecer da Procuradoria-Geral da República, em 3.12.2014. 4. Em 3.8.2015, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela ‘submissão do recurso extraordinário ao exame de repercussão geral’, em parecer assim ementado: ‘Recurso extraordinário. Inquérito Civil Público. Utilização em matéria eleitoral. Alcance do dispositivo no art. 105-A da Lei nº 9.504/1997. Recurso que avança tese de provável abono. Parecer pela submissão do recurso extraordinário ao exame da repercussão geral, com protesto de vista posterior ao Procurador-Geral da República, caso o Plenário Virtual reconheça a existência do requisito de admissibilidade’ (fl. 834). Examinados os elementos havidos no processo, DECIDO. 5. O presente recurso extraordinário está prejudicado por perda superveniente de objeto. 6. A Justiça Eleitoral julgou improcedente a ação de investigação judicial eleitoral, por ‘abuso de poder político entrelaçado a abuso de poder econômico’ (fl. 763), ajuizada em desfavor de Omar José Abdel Aziz e José Melo de Oliveira, eleitos, respectivamente, governador e vice-governador do Amazonas, nas eleições de 2010. A decisão baseou-se, entre outros fundamentos, na nulidade das provas colhidas exclusivamente em inquérito civil público, o que seria vedado pelo art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 (incluído pela Lei nº 12.034/2009). Nos termos do acórdão recorrido, ao desprover o agravo regimental em recurso especial, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que ‘a investigação foi instruída com documentos e mídia colhidos em inquérito civil público, não havendo outros elementos hábeis a comprovar os supostos abusos de poder político e econômico’. 7. Em 31.12.2014, houve o encerramento da legislatura 2011-2014, consequentemente, a extinção dos mandatos eletivos impugnados. Assim, não subsiste o interesse recursal, condição necessária ao regular prosseguimento do feito. 8. Apesar de ter sido requerida, na inicial da ação de investigação judicial eleitoral, a declaração de inelegibilidade dos então candidatos, ‘prevista no art. 1º, I, ‘h’ c/c art. 15, ambos da Lei Complementar nº 64/1990’ (fl. 53), ‘perde supervenientemente o objeto o recurso que busca a cassação de diploma relativo a mandato exaurido.’” (RO 304.124, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 24.6.2015). Nesse sentido, tem se firmado a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, considerada a circunstância de não ter sido declarada, na origem, a inelegibilidade de qualquer das partes: “ELEIÇÕES 2010. AGRAVO COM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. FIM DO MANDATO. CASSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR ÓRGÃO COLEGIADO. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, J, DA LC Nº 64/1990. NÃO CARACTERIZADA. PREJUDICIALIDADE DO AGRAVO” (Respe nº 468679, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 26.6.2015); “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AIJE. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. ELEIÇÕES 2008. TÉRMINO DO MANDATO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO RECURSAL. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO CONDENATÓRIA. DESPROVIMENTO. 1. Diante do termo final da legislatura, a pretensão recursal encontra-se fulminada pela perda superveniente do objeto do processo, sobretudo em razão da inexistência de decisão condenatória. 2. Agravo regimental desprovido” (AgR-REsp nº 35.683/AM, Relator o Ministro Dias Toffoli, julgado em 12.9.2013); “ELEIÇÕES 2008. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PERDA DE OBJETO. CANDIDATOS AOS CARGOS DE PREFEITO E VICE NÃO ELEITOS. TÉRMINO DA LEGISLATURA. REPRESENTAÇÃO POR CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. 1. O recurso especial, interposto do decisum regional que, mantendo sentença, julgou improcedente representação por captação ilícita de sufrágio está prejudicado pela perda de seu objeto, diante do término da legislatura 2009-2012. 2. A pretensão de que seja declarada a inelegibilidade dos Agravados não merece prosperar, posto que a representação por captação ilícita de sufrágio com fulcro no artigo 41-A da Lei das Eleições apresenta, como sanções, a cassação do registro ou do diploma e a imposição de multa, não se podendo impor declaração de inelegibilidade à falta de previsão normativa. 3. Agravo regimental desprovido”. (AgR-REsp nº 958697009/CE, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 21/8/2013). “9. Ressalte-se tramitar no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.352, Relator o Ministro Luiz Fux, na qual se questiona a constitucionalidade do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997. 10. Pelo exposto, julgo prejudicado o recurso extraordinário, por perda superveniente de objeto (art. 21, inc. IX, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 7 de agosto de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora”. (RE 839102, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 07/08/2015, publicado em DJe-159 DIVULG 13/08/2015 PUBLIC 14/08/2015).

¹²⁸ “Despacho: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, em que se questionam os dispositivos e expressões contidas na Lei nº 12.034, de 30 de setembro de 2009, que inova e introduz alterações na Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), na Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), na Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral), bem

Ainda que se entenda pela constitucionalidade da referida norma, a mesma não merece surtir os seus efeitos, pois viola frontalmente o microsistema da tutela coletiva da higidez da probidade administrativa (seara eleitoral). Tal objeto pode ser tutelado através de ação civil pública (art. 5º, VIII, LACP), pela ação civil pública por ato de improbidade administrativa (art. 17, LIA) ou até mesmo por meio de ação popular (art. 1º, LXIII, CR/1988 c/c art. 1º, LAP, e art. 1º, LACP).

A segunda lei preconiza, por sua vez, a aplicabilidade do rito previsto na LACP aos procedimentos decorrentes do ajuizamento da ação civil de responsabilização judicial por atos de corrupção. Trata-se de mais uma norma inócua, na medida em que, repita-se, não há qualquer procedimento/rito previsto na LACP a ser aplicado.

Estas normas da Lei nº 9504/1997 e da Lei nº 12846/2013 são integrantes do microsistema da tutela coletiva e, portanto, podem ser utilizadas para suprir eventuais omissões nas leis específicas.

Considerando que a referência ao procedimento da LACP é totalmente inócua, forçoso concluir que devemos buscar no CPC/2015 a solução para o caso, pois as demais normas procedimentais ínsitas no microsistema da tutela coletiva são por demais especiais e não devem ser utilizadas em matéria eleitoral e na ação de responsabilização por ato de corrupção.

Assim, entendemos pela aplicação do procedimento comum previsto a partir do art. 318, CPC às ações que versarem sobre as matérias delineadas nestas leis¹²⁹, bem como pela possibilidade jurídica do manejo de Ação Civil Pública em matéria eleitoral, inclusive veiculando como causa de pedir a prática de ato de improbidade administrativa.¹³⁰

como a Lei nº 11.300, de 11 de maio de 2006, que também altera a Lei nº 9.504/1997. A hipótese reveste-se de indiscutível relevância. Entendo deva ser aplicado o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a fim de que a decisão venha a ser tomada em caráter definitivo e não nesta fase de análise cautelar. Colham-se informações das autoridades requeridas e, em seguida, ouçam-se, sucessivamente, no prazo legal, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 1º de fevereiro de 2013. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente". (ADI 4352 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 01/02/2013, publicado em DJe-027 DIVULG 07/02/2013 PUBLIC 08/02/2013).

¹²⁹ Em sentido contrário, vale mencionar: "Por este art. 105-A, o legislador veda a aplicação do rito procedimental nela constante em matéria eleitoral. Isso significa que os feitos eleitorais, de natureza extrapenal ou criminal, a serem aforados em juízo eleitoral, serão processados, exclusivamente, por ritos constantes da própria lei eleitoral e nenhum outro." CANDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. Ed. Edipro. 14ª ed. 2010. p. 688.

¹³⁰ No mesmo sentido, podemos citar os seguintes precedentes do STJ que permitiram o manejo de ACP: "PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETENCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA ELEITORAL – IMORALIDADE ADMINISTRATIVA – DIPLOMAÇÃO – ART. 14, PARÁGRAFO 10, C.F. – ARTIGO 118 E SEQUINTE, CPC. 1. AS ATIVIDADES RESERVADAS A JUSTIÇA ELEITORAL APRISIONARAM-SE AO PROCESSO ELEITORAL, PRINCIPIANDO COM A INSCRIÇÃO DOS ELEITORES, SEGUINDO-SE O REGISTRO DOS CANDIDATOS, ELEIÇÃO, APURAÇÃO E DIPLOMAÇÃO, ATO QUE ESGOTA A COMPETENCIA ESPECIALIZADA (ART. 14, PARÁGRAFO 10, C.F.). 2. A JUSTIÇA COMUM, APERFEIÇOADO O ATO DE DIPLOMAÇÃO DOS ELEITOS, AUTORIZANDO O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, COMPETE APRECIAR AS EVENTUAIS AÇÕES LANÇADAS COM O FITO DE CONFRONTAR E DESCONSTITUIR OS EFEITOS DECORRENTES DO ENCERRAMENTO DO PROCESSO ELEITORAL. 3. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO D 3. VARA DA FAZENDA PÚBLICA, SUSCITANTE" (STJ - CC: 10903 RJ 1994/0031083-8, Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Data de Julgamento: 29/11/1994, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 12.12.1994 p.34303). "PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LIBERAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS FEDERAIS EM PERÍODO VEDADO PELA LEGISLAÇÃO ELEITORAL. ART. 73, VI, DA LEI nº 9.504/1997. NÃO COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÕES DE EMERGÊNCIA. ATO ÍMPROBO QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.

Considerando, por fim, que o CPC/2015 é parte integrante do microsistema da tutela e tem aplicabilidade direta nos processos coletivos, poder-se-á, com segurança, afirmar a possibilidade da utilização do procedimento comum (art. 318, CPC) aos processos coletivos.¹³¹

19. Causa Interruptiva da Prescrição nas Demandas de Improbidade Administrativa

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 240¹³², “antecipou”¹³³ a interrupção da prescrição para o ato judicial que determina o recebimento da inicial com a determinação da citação do réu (art. 238, CPC), chamado de “despacho”¹³⁴ liminar positivo.

A proposta deste tópico é analisar se esta causa interruptiva da prescrição será aplicável aos processos coletivos cuja pretensão é prescritível.¹³⁵ Considerando

INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra Paulo de Tarso Lustosa da Costa, em razão de ele, ex-presidente da Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, ter liberado irregularmente recursos federais em período vedado pela legislação eleitoral em benefício do Município de Milhã/CE, no intuito de influenciar a votação de seu próprio filho, Paulo Henrique Ellery Lustosa da Costa, à época candidato a Deputado Federal. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou, com base no contexto fático-probatório dos autos, que “não merece reparos a sentença que, acolhendo as alegações do MPF, condenou o réu nas sanções do art. 12 da LIA, tendo em vista a ocorrência de irregularidades verificadas na liberação, em período vedado pela legislação, de verbas federais decorrentes de convênios firmados pela FUNASA com o Município de Milhã-CE. Segundo restou verificado nas provas trazidas aos autos, às vésperas das eleições do ano de 2006, o Município de Milhã recebeu generoso repasse de recursos federais, não obstante a proibição trazida pelo art. 73, VI, a, da Lei nº 9.504/1997. (...) No caso, entretanto, não há como afastar a conduta ímproba do réu, principalmente quando demonstrado o dolo e a má-fé por ao realizar transferência extemporânea de verbas federais para o Município de Milhã sem a presença de circunstância excepcional que a justificasse, o que atenta contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições públicas. (...) Não resta dúvida, assim, nos exatos moldes contidos na sentença de primeiro grau, de que houve transferência extemporânea de verbas federais para o Município de Milhã e ausência de circunstâncias excepcionais que a justifiquem, de modo que a conduta do réu desrespeitou o disposto no art. 73, VI, a, da Lei nº 9.504/1997, enquadrando-se, portanto, no preceito do art. 11, inciso I, da LIA” (fls. 889-895, e-STJ). A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no REsp 1.437.256/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30.9.2014; e AgRg no AREsp 532.658/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.9.2014. 3. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1484046 CE 2014/0247434-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 03/03/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2015).

¹³¹ “Por último, e não menos importante: não nos parece haver qualquer obstáculo procedimental à reunião entre ação civil pública, ação de improbidade administrativa e ação popular. Nada obstante na ação de improbidade haja a fase de defesa preliminar (art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei nº 8.429/1992) e na ação popular haja prazo diferenciado para a resposta (art. 7º, I, ‘b’, da Lei nº 4.717/1965), todas elas seguem, *ulteriormente*, o *procedimento comum do Código de Processo Civil/2015*.” LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015.

¹³² A mesma regra existe no art. 202, I, CC; art. 8º, §2º, Lei de execução fiscal; art. 174, p.u., I, CTN.

¹³³ Porque no CPC/1973 o ato que interrompia a prescrição era a realização da citação válida, conforme art. 219. Tanto no ordenamento anterior quanto no atual, o marco interruptivo da prescrição é a propositura da ação.

¹³⁴ Pensamos tratar-se de verdadeira decisão interlocutória (art. 203, §2º, CPC/2015), pois é o ato judicial por meio do qual o juízo reconhece a presença dos requisitos de admissibilidade da demanda, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais (art. 485, IV, V e VI, CPC).

¹³⁵ Há pretensões de tutela jurisdicional coletiva que são reputadas imprescritíveis e, portanto, será inaplicável a causa interruptiva por absoluta inutilidade. São imprescritíveis: a) demandas coletivas de tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) demandas coletivas de ressarcimento ao erário cuja causa de pedir é a tutela da probidade administrativa, conforme art. 37, §5º, CR/1988, e c) demandas essencialmente coletivas.

a existncia de um duplo juízo de admissibilidade da demanda de improbidade administrativa, poder-se-ia sustentar que o ato que ordena a citao (segunda etapa da fase de admissibilidade da demanda) seria a causa interruptiva, tal como preconizado pelo CPC/2015, ou até mesmo a notificao para o oferecimento da defesa preliminar.¹³⁶

Entendemos, assim como o faz a melhor doutrina,¹³⁷ que, diante da redao do art. 23, LIA, que regulamenta os prazos prescricionais da pretensao de improbidade administrativa, bem como o termo *a quo* dos prazos, a simples propositura da demanda é suficiente para interromper a prescriao da pretensao sancionatória. Aliás, este é o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justia.¹³⁸

¹³⁶ Neste sentido, vale mencionar o seguinte entendimento: "A notificao tem por finalidade instaurar o contraditório e enseja, desde logo, aplicao dos efeitos artigo 240 do Código de Processo Civil de 2015 (induz litispendncia, constitui em mora). A interrupao da prescriao opera-se pelo despacho que ordena a notificao, e retroage à data da propositura da demanda, nos termos do artigo 240, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil." QUARTIERI, Rita. Impactos do novo Código de Processo Civil na Lei de Improbidade Administrativa. In: *Legislao Processual Extravagante/coordenadores*, Eduardo Fonseca da Costa, Heitor Vitor Mendonça Sica – Salvador: Juspodivm, 2016. 344 p. (Coleao Repercussões do Novo CPC, vol. 9; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

¹³⁷ "Por ser a propositura da ao o marco inicial do novo lapso prescricional, possível será a implementao, no curso da própria relao processual, do que se convencionou chamar de prescriao intercorrente. Ocorrerá esta sempre que, entre o ajuizamento da ao e a prolaao da sentena, verificar-se o escoamento do lapso prescricional previsto no art. 23 da Lei nº 8.429/1992 e restar caracterizada a inércia do autor da ao." GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 9ª edio. Editora Saraiva, 2017. Em sentido diverso, vale mencionar: "Importante frisar, portanto, que, com relao à ao de improbidade administrativa, o prazo interruptivo retroage à data da propositura da ao, não importando que o despacho citatório ocorra após o juízo prévio de admissibilidade da demanda." DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

¹³⁸ "DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INTERRUPO DO PRAZO PRESCRICIONAL NAS ACOES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Nas aoes civis por ato de improbidade administrativa, interrompe-se a prescriao da pretensao condenatória com o mero ajuizamento da ao dentro do prazo de cinco anos contados a partir do término do exercício de mandato, de cargo em comisso ou de funao de confianaa, ainda que a citao do réu seja efetivada após esse prazo. Se a ao de improbidade foi ajuizada dentro do prazo prescricional, eventual demora na citao do réu não prejudica a pretensao condenatória da parte autora. Assim, à luz do princípio da especialidade e em observância ao que dispõe o art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992, o tempo transcorrido até a citao do réu, nas aoes de improbidade, que já é amplo em razao do próprio procedimento estabelecido para o trâmite da ao, não justifica o acolhimento da arguio de prescriao, uma vez que o ajuizamento da ao de improbidade, à luz do princípio da *actio nata*, já tem o condão de interrompê-la." (REsp 1.391.212-PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/9/2014). No mesmo sentido: "IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AO CIVIL PÚBLICA. SECRETÁRIO DE SAÚDE. PRESCRIO DA PRETENSÃO CONDENATÓRIA. ART. 23, I, DA LEI nº 8.429/1992. PRAZO DE CINCO ANOS. TERMO INICIAL. SAÍDA DO GESTOR DO CARGO OCUPADO. INTERRUPO. PROPOSITURA DA AO DE IMPROBIDADE NO PRAZO LEGAL. 1. Praticado o alegado ato ímprobo durante a gesto do réu à frente da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, o prazo prescricional quinquenal, como previsto no art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992, tem início com a saída do gestor do cargo ocupado. 2. O lapso prescricional previsto no art. 23, I, da LIA é interrompido com o ajuizamento da ao civil de improbidade administrativa pelo Ministério Público ou pessoa jurídica interessada, sendo certo que a posterior citao válida do réu implicará, nos termos do art. 219, §1º, do CPC/73, que a mencionada interrupao retroaja 'à data da propositura da ao'. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extenso, não provido." (REsp 1404307/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 31/05/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VI, DA LEI nº 8.429/1992. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. PRESCRIO. NÃO OCORRÊNCIA. SANÇÕES. SÚMULA 7/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de Ao Civil Pública de Improbidade Administrativa com o objetivo de condenar o réu pelos atos previstos no art. 10, VI, da Lei nº 8.429/1992, uma vez que teria se apropriado indevidamente de valores, na condio de Gerente de Relacionamento de uma agência da Caixa. 2. O recorrente não fez o devido cotejo analítico e assim não demonstrou as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicao da similitude fática e jurídica entre eles. 3. Nas aoes de Improbidade Administrativa o curso da prescriao é interrompido com o mero ajuizamento da ao." Nesse sentido: "REsp 1391212/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/9/2014. 4. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido, como regra geral, de que modificar o quantitativo da sanao

Vale mencionar, por fim, que a simples propositura de uma demanda coletiva interrompe a prescrição para o exercício da pretensão judicial individual, em virtude dos efeitos do transporte *in utilibus* (art. 103, §3º, CDC), pois os indivíduos que titularizam o direito material subjacente à relação jurídica processual serão afetados pelo resultado (benéfico) do processo coletivo.¹³⁹ Há, contudo, aqueles que defendem,

aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstada nesta instância especial. 5. Agravo Interno não provido.” (AgInt no AREsp 673.150/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 03/03/2017).

¹³⁹ “Isso porque em razão da ampliação *ope legis* do objeto litigioso do processo coletivo, com a extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva ao plano individual, serão afetados os titulares do direito individual independentemente de terem proposto demanda em nome próprio até o momento; os efeitos serão muito similares ao da sentença penal condenatória, bastando a liquidação e execução dos valores eventualmente aferidos.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017. No mesmo sentido, vale mencionar: “Embora não haja regra expressa nesse sentido, é necessário concluir que a ação coletiva produz a eficácia interruptiva das pretensões individuais à reparação do dano. E essa conclusão é essencial para que o processo coletivo tenha, de fato, utilidade e efetividade.” (...) “Assim, em nossa opinião, embora a matéria seja evidentemente controversa, é forçoso concluir que, uma vez realizada a citação na ação coletiva, a interrupção da prescrição das pretensões individuais relativas ao mesmo fato lesivo retroagirá à data da propositura daquela (ação coletiva). O prazo prescricional só voltará a correr após o trânsito em julgado da decisão na ação coletiva, ou seja, após o encerramento do processo em que se deu a interrupção.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015. Vale mencionar, por fim, que no bojo do RESP 1.233.314 a Corte Especial do STJ enfrentará o tema, com a possibilidade de pacificar o tema, mas, considerando a oportunidade, segue acórdão deste tribunal no sentido defendido no texto: “AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.018.108 - RS (2016/0303315-0) RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO AGRAVANTE : ITAÚ UNIBANCO S/A ADVOGADO : OSVALDO GUERRA ZOLET E OUTRO (S) – RS035609 AGRAVADO : TEREZINHA DEMARI MENERE ADVOGADO : DERLI JESUS CUNHA RODRIGUES E OUTRO (S) – RS022347 DECISÃO Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional em face de acórdão, proferido pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (e-STJ, fl. 191): APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AÇÃO DE COBRANÇA INDIVIDUAL. PRESCRIÇÃO. AÇÃO COLETIVA PRETÉRITA. INTERRUÇÃO. 1. Diferentemente dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, os direitos individuais homogêneos são direitos puramente individuais, os quais são reunidos por uma ficção legislativa criada com o objetivo de proteger determinado grupo de direitos oriundos de uma situação comum. 2. Da leitura dos arts. 103, §2º e 104 do Código de Defesa do Consumidor denota-se a clara intenção do legislador em incentivar que o indivíduo aguarde a solução da ação coletiva para então decidir se pretende ajuizar a sua demanda individual, seja o desencorajando a ingressar como litisconsorte, pois impõe o risco de sofrer os efeitos da sentença de improcedência; seja desestimulando-o a prosseguir ou ajuizar ação individual enquanto não julgada a ação coletiva, pois impõe o risco de não se beneficiar da sentença de procedência. 3. O prosseguimento ou o ajuizamento da ação individual enquanto não transitada em julgada a demanda coletiva caracteriza o exercício do *right to opt out* - direito à autoexclusão - o que implica em ‘abdicar expressamente da jurisdição coletiva’. Por outro lado, o titular do direito individual que não propõe ação própria, o faz justamente em razão de sua pretensão estar sendo exercida na ação coletiva pelo legitimado extraordinário. 4. O ajuizamento de uma ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, assim, interrompe o prazo prescricional das pretensões individuais, sob pena de incursão em verdadeiro paradoxo sistemático. Prescrição afastada. 5. No mérito, contudo, superada a questão envolvendo a prescrição da pretensão da parte autora, impõe-se o sobrestamento do feito, conforme as notórias determinações do Supremo Tribunal Federal em matéria de expurgos inflacionários (Planos Collor I e II). AFASTADA A PRESCRIÇÃO, FOI SOBRESTADO O JULGAMENTO DO MÉRITO DA DEMANDA. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ nas fls. 225-234). Em suas razões recursais, o recorrente alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 168, 169, 170, 172, I, 177 do Código Civil/16; 197, 198, 199, 200, 202, I, 205 e 2.028 do Código Civil/2002; 219 do Código de Processo Civil/73; 240 do Código de Processo Civil/2015; 81, parágrafo único, III, e 104 do Código de Defesa do Consumidor. Sustenta, em síntese, que a citação válida em ação coletiva não tem o condão de interromper o prazo prescricional das demandas individuais. Aduz, ainda, a impossibilidade da ação civil pública em questão interromper o prazo prescricional da ação individual, visto que a pretensão deduzida na referida ação encontrava-se prescrita. É o relatório. Decido. A irrisignação não prospera. De início, cumpre salientar que o presente recurso será examinado à luz do Enunciado 2 do Plenário do STJ: ‘Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça’. Quanto à alegada tese de impossibilidade da ação civil pública em questão

a meu ver, sem razão, a suspensão da prescrição das pretensões individuais com a propositura da demanda coletiva.¹⁴⁰

interromper o prazo prescricional da ação individual, visto que a pretensão deduzida na referida ação encontrava-se prescrita, verifica-se que o referido tema não fora apreciado pelo Tribunal a quo, ainda que a parte ora recorrente tenha oposto embargos de declaração a fim de sanar eventual irregularidade. Ressalte-se que *esta eg.* Corte de Justiça consagra orientação no sentido da necessidade de prequestionamento dos temas ventilados no recurso especial, não sendo suficiente a simples invocação da matéria na petição de embargos de declaração. Caberia à recorrente, na hipótese, alegar violação ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, providência, todavia, da qual não se desincumbiu. Dessa forma, à falta do indispensável prequestionamento, incide, na espécie, a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça. "Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. AÇÃO DE RESOLUÇÃO PARCIAL DE CONTRATO E RESTITUIÇÃO DE VALORES COM PEDIDO DE ADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE PLANTA COMUNITÁRIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO À RESTITUIÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. ARTS. 538 E 884 DO CC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 DO STF E 211 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. O Tribunal de origem entendeu que "não tendo a demandada retribuído o investimento realizado pelo consumidor, conforme determinava a portaria que regulamentava a relação entabulada entre as partes à época, nada impede que o contratante postule e veja reconhecido seu direito em ver o valor investido devidamente devolvido. Rever esta conclusão esbarraria no óbice das Súmulas 5 e 7 do STJ". 2. A matéria referente ao art. 884 do CC não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmulas 282/STF e 211/STJ). O Superior Tribunal de Justiça não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração. Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil, sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 663.279/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 28/08/2015, g.n.) No tocante à prescrição, tem-se que a jurisprudência desta Corte se orienta no sentido de que a citação válida em ação coletiva configura causa interruptiva do prazo prescricional para ajuizar ação individual. Ilustrativamente, confirmam-se julgados mais recentes que demonstram a pacificação e a atualidade do tema na jurisprudência: "AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE INTERROMPE O PRAZO PARA AS AÇÕES INDIVIDUAIS. AGRADO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a citação válida em ação coletiva configura causa interruptiva do prazo de prescrição para o ajuizamento da ação individual. 2. Se a parte agravante não apresenta argumentos hábeis a infirmar os fundamentos da decisão regimentalmente agravada, deve ela ser mantida por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg nos EDcl no REsp 1426620/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 18/11/2015, sem negrito no original). "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL NO JULGADO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DE PERITO FEDERAL AGRÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. SUBSTITUTO PROCESSUAL. SINDICATO. ILEGITIMIDADE DA PARTE. RECOMEÇO DO PRAZO PELA METADE. 1. Os Embargos de Declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento, os pressupostos legais de cabimento. 2. *In casu*, assiste razão à embargante. A questão debatida no Recurso Especial diz respeito ao direito da embargante de pleitear as parcelas vencidas desde junho de 2004, em razão da interrupção do prazo prescricional operado pelo ajuizamento da ação coletiva pelo sindicato que representa a categoria. 3. Nos termos da jurisprudência do STJ, a citação válida no processo coletivo interrompe o prazo prescricional para propositura da ação individual, que volta a correr pela metade depois do trânsito em julgado do processo que o suspendeu, ou seja, fica suspenso enquanto pendente o processo coletivo. Diante desse contexto, a citação válida ocorrida no processo movido pelo sindicato com o mesmo objeto da ação individual configurou causa interruptiva do prazo prescricional para propositura da ação individual. 4. Considerando que o acórdão recorrido afastou de plano a interrupção do prazo prescricional, os autos devem retornar à origem para análise das datas defendidas pela ora embargante. 5. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao Recurso Especial. (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1442439/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 03/02/2016, sem negrito no original). Tem-se, no ponto, que a decisão recorrida está em consonância com a pacífica jurisprudência deste Tribunal Superior, incidindo à pretensão recursal, pois, o óbice da Súmula 83/STJ. Diante do exposto, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial. Publique-se. Brasília (DF), 23 de novembro de 2016. Ministro RAUL ARAÚJO Relator." (STJ – AREsp: 1018108 RS 2016/0303315-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 01/02/2017).

¹⁴⁰ "Concordo, portanto, com parcela da doutrina ao elencar a existência de uma ação coletiva como causa suspensiva da prescrição das pretensões individuais que possam ser atendidas no caso de acolhimento do pedido coletivo. Parece-me a única forma de evitar um sem – número de processos individuais que

20. Regime das Despesas Processuais nos Processos Coletivos

O microsistema da tutela coletivo possui diversos dispositivos que preceituam a gratuidade das demandas coletivas, bem como a dispensa no adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas para os legitimados coletivos, ressalvada a verificação da atuação de má-fé (art. 87, CDC; arts. 17 e 18, LACP, art. 219, ECA, e art. 88, Idoso).

Esta gratuidade é um nítido fomento para a propositura das demandas coletivas, mas não se estende aos réus.¹⁴¹

O CPC/2015, entretanto, trouxe uma novidade nesta seara ao determinar (arts. 91 e 95, CPC) o pagamento das despesas processuais dos atos praticados a requerimento do Ministério Público, Fazenda Pública e Defensoria Pública (todos legitimados coletivos). Preconiza a possibilidade do adiantamento quando houver previsão orçamentária e, na ausência, deverá ser realizado o pagamento ao final. Assim, além de deixar de existir a dispensa para a antecipação, foi fixado um diferimento para o pagamento dos encargos financeiros decorrentes da perícia.

Esta norma que determina o adiantamento deve ser aplicada aos processos coletivos?

Entendemos que não! A norma em comento deve ser aplicada somente aos processos civis individuais¹⁴² e, ainda assim, o ônus deverá recair sobre o Estado (na forma do art. 91, CPC/2015), e não sobre o requerente quando este for o Ministério Público e a Defensoria Pública.¹⁴³ Nos processos coletivos deve permanecer o regramento

poderão no futuro se mostrar inúteis apenas para impedir o vencimento do prazo prescricional. Essa multiplicidade de processos contraria os mais relevantes e elementares anseios da ciência processual moderna.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual do Processo Coletivo: volume único. 3 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁴¹ “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. NECESSIDADE DE PREPARO. DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. BENEFÍCIO DESTINADO APENAS AO AUTOR DA AÇÃO. 1. Com relação a Ação Civil Pública por ato de improbidade, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a dispensa do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas dirige-se apenas ao autor da Ação Civil Pública” (AgRg no AREsp nº 450.222/MG, Relator o Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 18.06.2014). “2. Conforme a Súmula 187 do Superior Tribunal de Justiça, ‘é deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos’ 3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 434.851/MG, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015).

¹⁴² “As regras decorrentes do art. 91, §§ 1º e 2º do CPC/2015, portanto, seriam aplicáveis apenas às ações individuais nas quais o Ministério Público seja autor ou fiscal da lei. Exemplos de ações individuais propostas pelo MP, como substituto processual da parte beneficiária da sua atuação: ação de investigação de paternidade (art. 2º, §4º da Lei nº 8.560/1992); ação com pedido de regulamentação de guarda, de direito de visitas ou de alimentos (art. 33, §4º da Lei nº 8.069/1990); a ação revocatória da Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência (art. 132 da Lei nº 11.101/2005); entre outras.” LEONEL, Ricardo de Barros. Ministério Público e despesas processuais no novo Código de Processo Civil. In: *Processo Coletivo*. Coordenador: Hermes Zaneti Jr. – Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol.8; Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.).

¹⁴³ Até porque incide o regramento da responsabilidade civil objetiva do Estado pelos atos praticados por seus agentes, conforme art. 37, §6º, CR/1988, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no seguinte julgado: “Responsabilidade objetiva do Estado por atos do Ministério Público (...). A legitimidade passiva é da pessoa jurídica de direito público para arcar com a sucumbência de ação promovida pelo Ministério Público na defesa de interesse do ente estatal. É assegurado o direito de regresso na hipótese de se verificar a incidência de dolo ou culpa do preposto, que atua em nome do Estado.” (AI nº 552.366-AgRg, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 6-10-2009, Segunda Turma, DJE de 29-10-2009). No mesmo sentido, vale mencionar o seguinte entendimento doutrinário: “(...) cabe à coletividade, por meio do Estado, responder pelos danos decorrentes. (...) De qualquer modo, a responsabilidade pelo custo do processo é

previsto no próprio microsistema (art. 87, CDC; arts. 17 e 18, LACP, art. 219, ECA e art. 88, Idoso). Ademais, pelo critério da especialidade (art. 1046, §2º, CPC/2015 c/c art. 2º, §2º, LINDB), diante da ausência de revogação expressa (art. 1072, CPC/2015) e, ainda, diante da aplicação do CPC/2015 somente no que não conflitar com os regramentos da tutela coletiva (art. 19, LACP)¹⁴⁴, não há como sustentar a sua prevalência sobre o regramento da tutela sob pena relegar a oblívio todo o incentivo que o legislador conferiu aos legitimados coletivos para a propositura das demandas coletivas.

O Superior Tribunal de Justiça, devidamente instado a se manifestar, ainda sob a égide do CPC/1973, fixou as seguintes teses jurídicas, que seguem a mesma tese por nós defendida: a) por critério de simetria, não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos da Ação Civil Pública, salvo comprovada má-fé;¹⁴⁵ b) o art. 18 da LACP, que dispensa o adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, dirige-se apenas ao autor da Ação Civil Pública;¹⁴⁶ c) não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em Ações Cíveis Públicas, ficando o encargo para a Fazenda Pública, à qual se acha vinculado o *Parquet* (tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC).¹⁴⁷

objetiva e independe de investigação da boa-fé ou má-fé das partes no processo, o que, no caso do *Parquet*, é robustecido pela previsão constitucional de responsabilidade objetiva do Estado por qualquer dano causado aos particulares (CF, art. 37, §6º).” LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁴⁴ No mesmo sentido, podemos mencionar: “Não se aplicam ao microsistema as regras do CPC-2015 que afetem este regime. Aqui a aplicação é residual. Aplica-se apenas quando não alterar as normas e a lógica próprias do microsistema. Por exemplo, não se aplicam as regras sobre honorários relativos à sucumbência parcial nos pedidos de dano moral coletivo (art. 292, V c/c 85, §14, CPC); não se aplicam as regras de antecipação dos honorários do perito e despesas de atos processuais.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

¹⁴⁵ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos de Ação Civil Pública.” Nesse sentido: “REsp 1.099.573/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 19.5.2010; REsp nº 1.038.024/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.9.2009; EREsp 895.530/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.2009. 2. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1386342/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 02/04/2014). No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR. 1. ‘Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *Parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública’” (EResp 895.530/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.09). 2. Recurso especial provido. (REsp 1099573/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 19/05/2010).

¹⁴⁶ “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. RECURSO ESPECIAL. NECESSIDADE DE PREPARO. DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. BENEFÍCIO DESTINADO APENAS AO AUTOR DA AÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Com relação à Ação Civil Pública por ato de improbidade, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a dispensa do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas dirige-se apenas ao autor da Ação Civil Pública. 2. Conforme a Súmula 187 do Superior Tribunal de Justiça, ‘é deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos’. 3. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no AREsp 450.222/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 18/06/2014).

¹⁴⁷ “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. NÃO CABIMENTO. INCIDÊNCIA PLENA DO ART. 18 DA LEI Nº 7.347/1985. ENCARGO TRANSFERIDO

Diante do quadro jurisprudencial apresentado, surge uma questão que merece uma reflexão em apartado. Requerimento para a realização de prova pericial: a) se for requerida pelo réu, aplica-se o regramento previsto no CPC/2015, sob pena de indeferimento da produção da prova (ver tese fixada na letra b supra); b) se for requerida pelo autor, surge um pequeno problema, pois o autor não poderá adiantar os honorários (ver tese fixada na letra c supra). Neste último caso, a doutrina diverge acerca da solução jurídica mais adequada.

Para uma primeira tese, deve ser realizada uma inversão do ônus do adiantamento para o réu, com intimações para que deposite o valor referente aos honorários do perito, porque o autor da demanda coletiva não poderá arcar com tal ônus.¹⁴⁸

Para uma segunda tese, esta inversão preconizada pela primeira, viola frontalmente a nova regra fixada pelo art. 95, CPC. Assim, deve ser aplicado o CPC aos processos coletivos. Nestes casos, deve o Estado arcar com o ônus ou providenciar, através dos seus órgãos públicos, a realização gratuita da prova pericial.¹⁴⁹ O Estado poderia, ainda, arcar com tal ônus usando parcela do fundo de defesa dos interesses difusos, como, aliás, já decidiu o próprio Superior Tribunal de Justiça.¹⁵⁰

À FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 232/STJ, POR ANALOGIA. 1. Trata-se de recurso especial em que se discute a necessidade de adiantamento, pelo Ministério Público, de honorários devidos a perito em Ação Civil Pública. 2. O art. 18 da Lei nº 7.347/1985, ao contrário do que afirma o art. 19 do CPC, explica que na ação civil pública não haverá qualquer adiantamento de despesas, tratando como regra geral o que o CPC cuida como exceção. Constitui regramento próprio, que impede que o autor da ação civil pública arque com os ônus periciais e sucumbenciais, ficando afastada, portanto, as regras específicas do Código de Processo Civil. 3. Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula nº 232 desta Corte Superior ('A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o *Parquet* arque com tais despesas. Precedentes: REsp 981949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011; REsp 1188803/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 21/05/2010; AgRg no REsp 1083170/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010; REsp 928397/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 25/09/2007 p.225; REsp 846.529/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 07/05/2007, p.288. 4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 8/08." (REsp 1253844/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 17/10/2013).

¹⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21ª ed. Saraiva: São Paulo. 2008.

¹⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁵⁰ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 81, 82, 84 E 246 DO CPC. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. SUCUMBÊNCIA DO MP. RETIRADA DO FUNDO ESPECIAL DE REPARAÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS LESADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Quando a arguição de ofensa a dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade do acórdão à norma federal, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. 2. Sobre a responsabilidade do pagamento dos honorários periciais, esta Corte possui entendimento no mesmo sentido do acórdão de origem, conquanto não se possa obrigar o Ministério Público a adiantar os honorários do perito nas ações civis públicas, também não se pode impor tal obrigação ao particular, tampouco exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente. De modo, é possível utilizar verba do Fundo Especial de Reparação de Interesses Difusos Lesados para que haja o pagamento dos honorários periciais. (RMS 30.812/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 18/03/2010.). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1423840/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 15/03/2016).

Não podemos concordar com esta solução por violar frontalmente a própria finalidade do Fundo, que é a recomposição dos eventuais danos causados à coletividade, mas deve o Estado arcar com os custos, como já exposto.

À guisa de conclusão, podemos afirmar o seguinte: a) as regras dos arts. 91 e 95 do CPC/2015 são aplicáveis exclusivamente aos processos civis individuais, mas os custos serão suportados pela Fazenda Pública, de forma diferida, se não houver previsão no exercício financeiro em curso; b) as regras dos arts. 87, CDC; 17 e 18, LACP; 219, ECA, e 88, Idoso, permanecem aplicáveis aos processos coletivos, com a utilização das teses jurídicas já consolidadas no Superior Tribunal de Justiça.

21. Consequência Processual da Continência Prevista no Art. 57, CPC, e a Sua Aplicação nos Processos Coletivos – Regras de Prevenção da Competência

O conceito de continência previsto no art. 56, CPC, é plenamente aplicável aos processos coletivos, exceto pela necessidade de identidade entre as partes formais da demanda. Para fins de identificação dos elementos subjetivos de ações coletivas semelhantes, conexas, continentes e idênticas, é despicienda a verificação se as partes formais são as mesmas, pois basta verificar se a coletividade tutelada através da demanda coletiva é a mesma.

Para os processos coletivos, portanto, será indispensável verificar se as pretensões coletivas de uma demanda englobam a da outra, ou seja, se existe uma pretensão mais ampla (pedido continente) e outra mais restrita (pedido contido).

Verificada a existência de relação de continência entre as demandas coletivas, surge a necessidade de indicar a consequência jurídica aplicável. No CPC/1973, a consequência era a reunião das ações perante o juízo prevento, conforme preconizavam os arts. 104 e 105. Ainda sob a égide do CPC/1973, foi editada a súmula 489 no Superior Tribunal de Justiça que faz referência expressa à existência de continência entre duas ou mais ações civis públicas em curso, uma perante a justiça estadual e outra perante a federal. A consequência jurídica definida por esta súmula é a reunião das ações perante a justiça federal, ainda que não seja o juízo prevento. Afasta-se, portanto, com a aplicação da referida súmula, a necessidade de verificar qual é o juízo prevento (art. 59, CPC; art. 2º, p.u., LACP; art. 5º, §3º, LAP, e art. 17, §5º, LIA).

O CPC/2015, por seu turno, preconiza em seu art. 57 duas consequências jurídicas diversas conforme o momento processual da propositura da demanda contida. Se a ação contida (pedido mais restrito) for proposta antes da ação continente (pedido mais amplo), a consequência será a reunião das ações perante o juízo prevento. Caso contrário, com a propositura da ação contida após a ação continente, a consequência será a extinção do processo sem resolução de mérito por perda superveniente do interesse processual (art. 485, VI, CPC/2015).

Com Esta Modificação Advinda com o Art. 57, CPC, Surge a Seguinte Questão: a Súmula 489 do Superior Tribunal de Justiça Foi Superada?

De acordo com a regra prevista no art. 57, CPC, conforme dito supra, a continência acarreta a extinção do processo ou a reunião das ações perante o juízo prevento para processo e julgamento simultâneo. Para os fins da indagação, abordaremos somente a solução para a reunião das ações como forma de comparação com a súmula 489 do STJ.

A súmula 489 do Superior Tribunal de Justiça refere-se especificamente aos casos de continência entre duas ou mais ações civis públicas em curso perante “justiças” diversas. Caso existam ações civis públicas em curso perante a Justiça Estadual e a Federal com relação de continência, deverão, se for a hipótese, ser reunidas perante a Justiça Federal.

A redação da súmula em testilha gera duas situações que merecem análise detida: a) caso verificada a necessidade de reunião das ações, far-se-á perante o juízo federal; b) não há qualquer referência à possibilidade de extinção da ação coletiva, quando a ação contida for proposta posteriormente.

Com relação à reunião das ações perante o juízo federal, fica nítida a opção por relegar a oblição qual é o juízo prevento, presumindo algum tipo de hierarquia entre os juízos federal e estadual (inexistente, diga-se!) ou algum tipo de interesse ou matéria, sem considerar o rol taxativo previsto no art. 109, CR/1988. Assim, a despeito do juízo estadual ser o prevento, as demandas serão reunidas perante o juízo federal, relegando, portanto, a oblição as regras previstas nos arts. 58 e 59, CPC, e os demais do microsistema da tutela coletiva.

Impende, neste momento, salientar que o Superior Tribunal de Justiça¹⁵¹ já afastou a regra de prevenção nos casos de continência para determinar a reunião

¹⁵¹ “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PROFERIDA EM PROCESSO COLETIVO. NULIDADE DO AJUSTAMENTO DO AGRADO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. LEVANTAMENTO DE QUANTIAS. CAUÇÃO. DISPENSA. CRÉDITO ALIMENTAR. BENEFICIÁRIO EM ESTADO DE NECESSIDADE. QUANTIA DE ATÉ SESSENTA SALÁRIOS. APLICAÇÃO DO CPC, ART. 475-O, §2º, I. RISCO DE IRREVERSIBILIDADE REVERSA. 1. A nulidade somente será decretada se houver prejuízo à parte. Apesar da ocorrência de vícios processuais no julgamento do agravo de instrumento, na sequência, com a análise de três embargos declaratórios de cada um dos litigantes, o contraditório e ampla defesa foram efetivados. Inexistência de prejuízo e manutenção da decisão, diante da aplicação dos princípios da instrumentalidade e da conservação. 2. Reunião de demandas coletivas. Aplicação do instituto da continência, com a competência da vara onde tramitar a demanda mais abrangente. Súmula nº 83/STJ. Impossibilidade de alterar a conclusão de origem, por demandar nova análise das questões fáticas. Súmula nº 7/STJ. 3. Admite-se a execução provisória de tutela coletiva. Em relação à prestação de caução, diante da omissão da legislação específica do processo coletivo, aplica-se subsidiariamente as regras do CPC. Portanto, para o levantamento de quantias, em regra, há necessidade de prestação de caução. Todavia, se presentes concomitantemente os requisitos elencados no art. 475-O, §2º, I (crédito alimentar, quantia de até sessenta salários, exequente em estado de necessidade), é possível a dispensa de caucionamento. Regra aplicável considerando cada um dos beneficiários, sob pena de tornar menos efetiva a tutela coletiva. O risco de irreversibilidade será maior caso não haja o pagamento da quantia em favor do hipossuficiente. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.” (STJ - REsp: 1318917 BA 2012/0074478-0, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 12/03/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2013).

das ações perante o juízo responsável pela demanda continente, ou seja, afasta a regra de prevenção para os casos de continência, designando o juízo continente como juízo prevalente.¹⁵²

Podemos concluir, portanto, que o STJ, no que tange aos processos coletivos, deixa de aplicar, como regra geral, o critério de prevenção para fins de designação do juízo que ficará responsável pelo processo e julgamento das demandas continentes.

Quanto ao segundo questionamento, que versa sobre a extinção do processo de ação contida, consequência não prevista na súmula em tela, surge a necessidade de analisar se deve ser superada parcialmente (*overriding*) neste aspecto para se adequar à nova regra legal. Nos processos coletivos, quando houver mais de uma demanda coletiva em curso, uma perante a justiça federal e outra perante a estadual, portanto, aplicar-se-á a norma do art. 57, CPC, para determinar a extinção da ação contida ou a súmula 489 do STJ?

Sustentar a superação parcial da súmula 489 do STJ acarretaria a necessidade de extinguir o processo coletivo cuja pretensão seja a contida (mais restrita), solução que não se coaduna com o princípio da primazia da solução do mérito do processo coletivo e de sua máxima efetividade, apesar da nítida perda superveniente do interesse processual.

Entendemos que a melhor solução é reconhecer a permanência da sua eficácia somente para os casos nela descritos e, nos demais, aplicar o entendimento já consolidado no STJ.

Em suma, a solução para os casos de continência será: a) nos processos individuais: reunião das ações ou extinção do processo, conforme art. 57, CPC/2015, por ser solução típica destes tipos de processo¹⁵³; b) nos processos coletivos, quando em curso perante a justiça estadual e federal: manutenção da eficácia da súmula 489, STJ, para determinar a reunião para processo e julgamento simultâneo perante o juízo federal; c) nos demais casos de processos coletivos: reunião das ações perante o juízo da demanda continente, conforme entendimento jurisprudencial já consolidado no STJ.

¹⁵² “Por fim, merece registro a orientação sedimentada no seio da jurisprudência do STJ no sentido de que, na hipótese de continência, não se observa a regra geral de prevenção (antes prevista no art. 106 do CPC/73 e agora estabelecida nos arts. 58 e 59 do NCPC, comentados a seguir) – nesta hipótese, os processos serão reunidos no juízo competente para apreciação do processo continente, ainda que tal relação processual seja posterior de acordo com os critérios ordinários de prevenção – havendo quem designe o juízo continente como juízo prevalente para fins de prevenção.” GALDINO, Flávio. *In: Comentários ao novo Código de Processo Civil / coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer.* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁵³ “Mais uma vez, entretanto, fica clara a disposição do legislador para tutelar exclusivamente o processo individual. No processo coletivo a prolação da sentença sem resolução de mérito não deve ser admitida, salvo se houver a identidade de autor, o que raramente ocorre. No mais das vezes os autores do processo coletivo são diferentes, mas por defenderem o mesmo titular do direito (coletividade, comunidade ou grupo de pessoas) são considerados no plano material como sendo o mesmo sujeito, o que permite o fenômeno da continência. Nesse caso, em razão da diversidade de autores, a reunião é o único efeito aceitável da continência, sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição para o autor que tiver sua ação sentenciada sem resolução de mérito.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado* 2ª ed. Rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

Qual Regra de Prevenção da Competência Deve Ser Aplicada aos Processos Coletivos?

A regra da prevenção do juízo tem extrema importância, pois possibilita identificar qual o juízo teve contato com a causa em primeiro lugar e que, por via de consequência, terá a competência para o processo e julgamento das ações que serão reunidas sob a sua responsabilidade. No CPC/1973, existiam duas regras de prevenção: a) primeiro despacho liminar que ordenava a citação, que somente deveria ser aplicada quando os juízos ostentavam a mesma competência territorial (art. 106, CPC/1973); b) primeira citação válida, que somente deveria ser utilizada quando os juízos ostentavam competências territoriais distintas (art. 219, CPC/1973).

Tais regras de prevenção da competência do juízo eram inaplicáveis aos processos coletivos, em virtude da existência de regras específicas no microsistema, tais como os arts. 5º, §3º, LAP, 2º, p.u., LACP, e 17, §3º, LIA, que preconizam ser prevento o juízo no qual é proposta a ação, ou seja, a simples propositura da ação previne a jurisdição, gerando, com isso, um juízo universal que atrai todas as demais ações coletivas que sejam semelhantes (casos de conexão e continência) ou idênticas (casos de litispendência).

O CPC/2015 alterou as regras de prevenção ao prever no art. 59 que o registro ou a distribuição da inicial acarretará a prevenção do juízo. O CPC/2015, portanto, unificou as regras de prevenção, pois, a rigor, a simples propositura da demanda tornará prevento o juízo. A ação somente será considerada proposta quando a petição inicial for protocolada (art. 312, CPC). Prevento, portanto, será o juízo que tiver o primeiro contato com a causa (prevenção originária), mas não significa afirmar ser a prevenção uma forma de fixação da competência, pois nada mais é do que a prevalência do poder jurisdicional quando mais de um órgão judiciário é competente para conhecer e julgar uma causa, ou seja, é um fato jurídico, que atrairá as demais ações para processo e julgamento simultâneo (prevenção expansiva).¹⁵⁴

Fixadas as premissas conceituais da prevenção, bem como as suas regras, resta saber se o CPC/2015 está em consonância, neste item, com a regulamentação existente nos processos coletivos.

¹⁵⁴ “Na verdade, conexão e prevenção não são elementos para a determinação da competência: enquanto a primeira é fator de alteração da competência, a segunda constitui a prevalência do poder jurisdicional quando mais de um órgão judiciário é competente para conhecer e julgar uma causa.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre as demandas* 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. “A prevenção é um fato jurídico. Sua importância é distinguir, entre vários órgãos jurisdicionais igualmente competentes (segundo as regras de determinação) aquele que perante o qual deverão ser reunidas para processamento e julgamento conjunto duas ou mais demandas conexas. Chamamos a esse órgão de prevento.” *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.] 2ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2016. “Fala-se em prevenção originária em relação à primeira das causas conexas sob apreciação do Poder Judiciário (o critério para estabelecimento dessa primariedade é estabelecido no art. 59 do NCPC, comentado a seguir). Fala-se, por outro lado, em prevenção expansiva para se designar os demais processos que serão reunidos perante o órgão prevento.” GALDINO, Flávio. *In: Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação: Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Entendemos que não há distinção entre as regras de prevenção previstas no microsistema da tutela coletiva e a prevista no CPC/2015.¹⁵⁵ Ora, o critério legal para identificar quando uma ação é considerada proposta é o seu registro (nas comarcas de juízo único) ou distribuição (nas comarcas onde houver mais de um juízo competente), portanto, para fins de aplicação das normas do microsistema do processo coletivo, imprescindível tomar de empréstimo o conceito legal preconizado no CPC/2015. Assim, tanto para os processos individuais quanto para os coletivos, a regra de prevenção será a propositura da demanda e, para saber quando foi proposta, basta verificar a data do seu registro ou sua distribuição.

Há, contudo, na doutrina quem sustente tese diversa afirmando que a regra prevista no microsistema da tutela coletiva é diversa da do CPC/2015, pois entende não ser o registro ou a distribuição, o ato processual determinante da prevenção do juízo, mas sim a mera propositura da ação.¹⁵⁶

22. Efeito Suspensivo nos Recursos de Apelação Oriundos de Processos Coletivos

Com o advento do CPC/2015 algumas regras recursais foram sensivelmente alteradas e acarretam reflexos nos processos coletivos. Já foram abordadas as mudanças referentes ao rol taxativo do art. 1015, CPC, bem como a unificação dos prazos para a interposição do agravo regimental. Resta analisar a possibilidade de manutenção das regras de efeito suspensivo próprias dos processos coletivos, ante a singela mudança ocorrida no sistema recursal.

Nos processos coletivos, há duas regras legais a respeito do recebimento dos recursos com efeito suspensivo: a) art. 19, LAP, e b) art. 14, LACP.¹⁵⁷

¹⁵⁵ "A respeito da prevenção no processo coletivo, conferir o artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 7347/1985 – cuja regra, agora, está sem sintonia com o previsto no CPC/2015 (o mesmo se diga em relação à prevenção na ação popular – artigo 5º, §3º da Lei nº 4.717/1965)." GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral* / Fernando da Fonseca Gajardoni – São Paulo: Forense, 2015. "Como se observa com certa clareza, o texto da Lei nº 7.347/1985 considera prevento o juízo que conheceu do primeiro processo (propositura da ação). A demanda considera-se proposta na data em que a petição inicial foi protocolada (art. 312, CPC). Sucede que não basta o protocolo para que haja a prevenção, pois há a necessidade de identificar-se quem é o juízo da causa, que será o prevento; essa identificação far-se-á pelo registro ou pela distribuição (art. 59, CPC); somente haverá distribuição se houver mais de um juízo igualmente competente para o processamento da causa." DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

¹⁵⁶ "(...) considerando-se que na tutela coletiva a regra para a fixação do juízo prevento não se confunde como o art. 59 do Novo CPC. (...) Como se nota da redação dos dispositivos legais acima transcritos, não é o registro ou a distribuição o ato processual determinante da prevenção do juízo, mas sim a mera propositura da ação. Essa diversidade de tratamento entre o Código de Processo Civil e as leis extravagantes que tratam da ação civil pública, improbidade administrativa e ação popular já foi percebida pela melhor doutrina, sendo entendimento antigo do Superior Tribunal de Justiça. O exato momento em que a ação é proposta vem descrito no art. 312 do Novo CPC (...) O artigo tem redação técnica impecável, visto que é impossível distribuir uma demanda em um foro de vara única, mas, pelos problemas práticos que pode gerar, vem se considerando proposta a ação no dia em que a petição inicial ingressa no Poder Judiciário, por meio do protocolo inicial, sendo essa a data a ser considerada para fins de prevenção do juízo entre ações coletivas." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo: volume único*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁵⁷ A mesma regra existe nos arts. 215, ECA e 85 do Estatuto do Idoso.

Na ação popular (art. 19, LAP), o recurso de apelação, quando interposto de sentença que julga procedente o pedido, será sempre recebida com efeito suspensivo (*ope legis*), ou seja, terá o denominado duplo efeito.¹⁵⁸ Nos casos de sentença de absolvição de instância ou de improcedência, a apelação ostentará somente efeito devolutivo.¹⁵⁹

Na ação civil pública (art. 14, LACP), por sua vez¹⁶⁰, o recurso de apelação quando interposto da sentença, independentemente do fundamento ou conteúdo, não terá efeito suspensivo automático, pois o dispositivo determina, de forma expressa, a possibilidade da concessão do efeito suspensivo pelo juiz. Ora, se o dispositivo precisa ter regra determinando a possibilidade da concessão judicial de efeito suspensivo (*ope iudicis*), implica afirmar não existir tal efeito de forma automática. Este dispositivo, portanto, sob a égide do CPC/1973, configurava uma exceção à regra geral do duplo efeito no recurso de apelação (art. 520, CPC/1973). Considerando o advento do CPC/2015, impende destacar as modificações nesta senda para que possamos expor os reflexos nos processos coletivos.

O CPC/2015 ainda manteve a regra do duplo efeito no recurso de apelação (art. 1012, CPC), portanto, o art. 14, LACP, permanece sendo uma exceção à regra geral no regime recursal no processo civil.¹⁶¹

Houve, contudo, uma singela mudança que vai gerar uma grande repercussão na norma em comento. O art. 14, LACP, preconiza que a competência para a concessão de efeito suspensivo aos recursos nos processos coletivos pertence ao juízo de primeiro grau, pois a sua referência era o CPC/1973, que confirma tal regra. Entretanto, o CPC/2015 retirou do juízo de primeiro grau o exercício do juízo de admissibilidade do recurso de apelação, transferindo-o integralmente ao órgão jurisdicional de

¹⁵⁸ Em sentido contrário, podemos destacar: “A apelação voluntária cabe tanto da sentença que julgar procedente ou improcedente a ação como da decisão que der pela sua carência. Terá sempre efeito suspensivo e seguirá a tramitação comum prevista no Código de Processo Civil, com a só peculiaridade de que, no caso de improcedência ou carência da ação, poderá ser interposta tanto pelo vencido como pelo Ministério Público ou por qualquer cidadão.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23ª ed. atual. Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁵⁹ “Tratar-se-ia, pois, de mais uma exceção dentro do sistema processual geral, no qual a apelação, em regra, tem efeito suspensivo; as que apresentam efeito só devolutivo são as indicadas no art. 520, incisos, do CPC e em algumas leis especiais (v.g., Lei nº 883/1949, art. 5º; Lei nº 8.069/1990, art. 198, VI).” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular – proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5ª edição. São Paulo: RT, 2003. No mesmo sentido: “Para encerrar, uma nota: observe, porém, que na ação popular a apelação tem efeito suspensivo quando interposta contra sentença que julgar procedente a demanda (art. 19, *caput*, Lei nº 4.717/1965).” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017. Apesar da crítica à redação do dispositivo, destaca-se, no mesmo sentido: “Declara, também, aquele dispositivo que ‘da sentença que julgar procedente o pedido caberá apelação voluntária, com efeito suspensivo.’ Suspensivo de que? Da execução da sentença? Não precisava dizê-lo, pois esse efeito é doutrinariamente considerado da natureza da apelação. O contrário é que necessita ser expresso.” SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional – doutrina e processo*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁶⁰ Vale notar que o dispositivo configura uma regra genérica aplicável aos recursos e não somente ao de apelação.

¹⁶¹ “Mas o art. 14 ainda tem uma serventia: ele esclarece que, no processo coletivo, a apelação é recurso sem efeito suspensivo automático, fugindo à regra geral do art. 1012, *caput*, CPC.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

segundo grau (art. 1012, §§ 3º e 4º, CPC). Assim, somente o Tribunal poderá conceder efeito suspensivo ao recurso de apelao¹⁶². Tal regra acarretará, por conseguinte, a revogação parcial do art. 14, LACP.¹⁶³

Podemos concluir que os recursos, e não somente o de apelao, nos processos coletivos têm so efeito devolutivo¹⁶⁴ e que o suspensivo decorrer de decisão judicial expressa, inclusive de ofício.¹⁶⁵

Quanto aos requisitos para o requerimento e concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelao, entendemos serem inaplicáveis as regras previstas nos arts. 995 e 1012, §4º, CPC, pois o art. 14, LACP, somente exige que o objetivo seja "evitar dano irreparável", ou seja, não haverá a necessidade da demonstração da probabilidade do provimento do recurso, bem como que o dano seja grave.¹⁶⁶

¹⁶² Em sentido contrário, impende mencionar: "Por outro lado,  aplicável ao regime das ações civis públicas o previsto no art. 1012, §3º, do CPC, que, todavia, deve ser compreendido com cautela. De fato, nos termos desse preceito, a competência para atribuir efeito suspensivo a recursos é sempre do tribunal. Todavia, parece que a regra não pode excluir a possibilidade de que o juiz de 1º grau examine esse pleito e também seja competente para deferir essa providência. (...). A conclusão, ademais, parece ser reforçada no âmbito do processo coletivo. Quando o art. 14 da LACP prevê que o juiz possa atribuir efeito suspensivo ao recurso, evidentemente está se referindo ao juiz de 1º grau, e não apenas ao tribunal. Assim, o pedido de efeito suspensivo pode ser formulado: a) ao juiz de 1º grau ou ao tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelao e a sua distribuição; ou b) ao relator do recurso, se já distribuída a apelao." MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários  Lei de Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2017.

¹⁶³ "Por isso, cabe ao tribunal, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 1012 do CPC, examinar o pedido de efeito suspensivo  apelao interposta contra sentença em processo coletivo – e não mais ao juiz, como prescrevia o art. 14 da Lei não 7.347/1985. Em relação a essa parte, o art. 14 da Lei não 7.347/1985 foi revogado pelo CPC-2015." DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

¹⁶⁴ "Quanto aos efeitos dos recursos, há previsão de que o juiz poderá conferir-lhes caráter suspensivo para evitar dano irreparável  parte. *A contrario sensu*, como regra, todos os recursos do sistema coletivo têm so o efeito devolutivo. Em outras palavras: a regra é a eficácia imediata das decisões, sendo que a concessão de efeito suspensivo aos recursos não se d *ope legis*, mas, sim, *ope iudicis*." LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. No mesmo sentido: "Nos termos do art. 14 da Lei não 7.347/1985, o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável  parte. A mesma regra é repetida no art. 215 do ECA e art. 85 do Estatuto do Idoso. A previsão leva a doutrina ao entendimento uníssono de que nenhum dos recursos cabíveis contra decisões proferidas em ação civil pública tem efeito suspensivo." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁶⁵ "Considerando os poderes ampliados do juiz na condução das demandas coletivas, a concessão do efeito suspensivo ao recurso pode decorrer tanto de pedido do recorrente como de deliberação de ofício do magistrado, que, não obstante a omissão das partes, identifique razões que justifiquem a suspensão dos efeitos da sentença até seu trânsito em julgado." LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁶⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários  Lei de Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2017.