

**DANIEL AMORIM
ASSUMPÇÃO NEVES**



MANUAL DE
PROCESSO COLETIVO

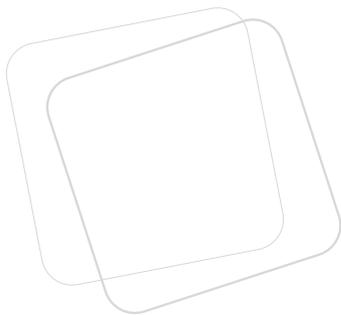
VOLUME ÚNICO

7^a
edição

revista
atualizada
ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



TUTELA JURISDICCIONAL COLETIVA

Sumário: 2.1. Introdução – 2.2. Origem da tutela jurisdiccional coletiva – 2.3. Microsistema coletivo: 2.3.1. Conceito; 2.3.2. Casuística – 2.4. Marcos legislativos – 2.5. Ação de Improbidade Administrativa.

2.1. INTRODUÇÃO

É tradicional a utilização do termo “tutela coletiva” no dia a dia forense e acadêmico, mas nem sempre tal uso considera com a devida precisão seu significado. Na maioria das vezes, inclusive, o termo é adotado para designar uma espécie de tutela jurisdiccional cujo objeto é um direito coletivo *lato sensu*, e nesse caso seria até mais adequado o nome “tutela jurisdiccional coletiva”.

Para a exata compreensão do tema é imprescindível que se determine primeiramente o significado de “tutela jurisdiccional”. Por tutela jurisdiccional entende-se a proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão da lesão ou ameaça de lesão a um direito material. Como se pode notar desse singelo conceito, a tutela jurisdiccional é voltada para tutela do direito material, daí ser correta a expressão “tutela jurisdiccional de direitos materiais”, empregada por parcela da doutrina.

Como existem crises de diferentes naturezas, é natural que o sistema crie e disponibilize às partes diferentes formas de tutelas jurisdicionais, com procedimentos distintos e objetivos próprios. De qualquer forma, apesar dessa diversidade, havendo uma ameaça ou uma violação a direito, o Estado é provocado – o instrumento de provocação é o processo –, e, quando há uma solução a crise jurídica descrita, tem-se a concessão de uma tutela jurisdiccional do direito material.

A tutela jurisdiccional pode ser dividida de diferentes formas, bastando para tanto que se adotem diferentes critérios. Assim, tem-se a distinção entre jurisdição voluntária e contenciosa, penal e civil, preventiva e ressarcitória, comum e específica etc. Essas classificações, que têm importância meramente acadêmica, considerando-se

a unidade da jurisdição, sempre dependerão do critério escolhido pela doutrina, não sendo diferente com a classificação distintiva existente entre tutela jurisdicional individual e coletiva, que adota como critério a espécie de direito material tutelado.

A tutela jurisdicional individual é a tutela voltada à proteção dos direitos materiais individuais, sendo fundamentalmente regulamentada pelo Código de Processo Civil, além, é claro, de diversas leis extravagantes, tais como a Lei de Locações, Lei dos Juizados Especiais, Lei de Execução Fiscal etc. A tutela jurisdicional coletiva, entretanto, não se resume à tutela de direitos coletivos, ainda que admitida a expressão “*direitos coletivos lato sensu*” para designar as espécies de direito material protegidas por essa espécie de tutela.

Dessa forma, a tutela coletiva deve ser compreendida como uma espécie de tutela jurisdicional voltada à proteção de determinadas espécies de direitos materiais. A determinação de quais sejam esses direitos é tarefa do legislador, não havendo uma necessária relação entre a natureza do direito tutelado e a tutela coletiva. Significa que mesmo direitos de natureza individual podem ser protegidos pela tutela coletiva, bastando para isso que o legislador expressamente determine a aplicação desse tipo de sistema processual – microsistema coletivo – a tais direitos. Essa parece ser a opção do sistema pátrio, ainda que parcela da doutrina teça críticas a tal ampliação do âmbito de aplicação da tutela coletiva¹.

Conforme mais detalhadamente examinado no item 6.4, é exatamente o que ocorre com o direito individual homogêneo, que, apesar da natureza individual, é objeto de tutela coletiva por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor. O mesmo ocorre com os direitos individuais indisponíveis da pessoa idosa, criança e adolescente, desde que a ação coletiva seja promovida pelo Ministério Público, conforme devidamente analisado no item 8.2.2.

As variadas espécies de direito material protegidas pela tutela coletiva, tanto de natureza transindividual (difuso e coletivo) como de natureza individual (individual homogêneo e indisponíveis em situações excepcionais), não desvirtuam a tutela jurisdicional coletiva porque, apesar de limitada a determinados direitos, a tutela jurisdicional coletiva é una, sendo aplicada a todos eles de maneira basicamente indistinta. É natural que existam algumas particularidades que devem ser sempre consideradas no caso concreto², mas nunca aptas a desvirtuar o núcleo duro dessa espécie de tutela jurisdicional. Significa que, apesar de alguma influência em decorrência da espécie de direito tutelado, as principais regras que compõem o microsistema coletivo serão aplicadas a todas as ações coletivas, independentemente da espécie de direito material tutelado.

A tutela jurisdicional coletiva, portanto, nada mais é que um conjunto de normas processuais diferenciadas (espécie de tutela jurisdicional diferenciada³), distintas daquelas aplicáveis no âmbito da tutela jurisdicional individual. Institutos

¹ Zavascki, *Processo*, pp. 40-41.

² Zavascki, *Processo*, p. 40.

³ Leonel, *Manual*, n. 4.10, p. 147.

processuais como a competência, a conexão e a continência, legitimidade, coisa julgada, liquidação da sentença etc., recebem na tutela coletiva um tratamento diferenciado, variando o grau de distinção do tratamento recebido pelos mesmos institutos no Código de Processo Civil.

Por tutela diferenciada volta-se o processualista às exigências do direito material apresentadas no caso concreto. Nota-se que, apesar de serem ciências autônomas, o direito processual e o direito material estão ligados de maneira indissociável, servindo o processo como instrumento estatal de efetiva proteção ao direito material. Como as várias crises de direito material têm diversas particularidades, é necessário percebê-las, adequando-se o procedimento no caso concreto para que a tutela jurisdicional seja efetivamente prestada com a qualidade que dela se espera. Tutela jurisdicional diferenciada, assim, representa a adoção de procedimentos e técnicas procedimentais diferenciadas à luz das exigências concretas para bem tutelar o direito material⁴.

Estudar a tutela jurisdicional coletiva é, portanto, estudar as formas e institutos processuais presentes no processo coletivo. O direito material difuso e coletivo em um maior grau e, mesmo com menor intensidade, o direito individual homogêneo têm uma riqueza incontestável, mas serão tratados no presente trabalho somente de forma subsidiária, naquilo que interessarem de forma mais direta à criação e ao desenvolvimento do processo coletivo. O presente livro é, portanto, um livro de direito processual civil coletivo.

2.2. ORIGEM DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Ainda que se mantenha a conclusão de que os direitos protegidos pela tutela coletiva são aqueles que o legislador determinar, esperando-se, naturalmente, que se faça criterioso juízo de oportunidade e conveniência ao se incluir nessa espécie de tutela um direito de natureza individual, sob pena de desvirtuamento da tutela coletiva, é preciso reconhecer que essa espécie de tutela, no momento de sua criação, era voltada exclusivamente aos direitos transindividuais. Somente em um momento posterior passa a também tutelar os direitos individuais violados ou ameaçados de violação por atos de grande escala (direito individual homogêneo). E, por fim, os direitos individuais indisponíveis em limitadas situações expressamente consagradas em lei.

Direitos materiais transindividuais de diferentes naturezas passam a ser protegidos pela tutela coletiva, não se limitando tal forma de tutela aos direitos materiais civis. No direito tributário, eleitoral e trabalhista existem ações coletivas, havendo até mesmo doutrina que defende a natureza coletiva da ação penal condenatória. Fala-se, inclusive, em direito penal supraindividual, no qual se tutelam bens jurídicos coletivos⁵.

⁴ Armelin, *Tutela*, p. 45; Cruz e Tucci, *Ação*, pp. 14-15; Bedaque, *Direito*, p. 33.

⁵ Didier-Zaneti, *Curso*, p. 44.

Independentemente da natureza do bem da vida tutelado, e por consequência do ramo do Direito, será admissível falar em tutela coletiva. De qualquer maneira, entendo que continua intocável a ideia de que essa espécie de tutela coletiva estará destinada aos direitos materiais que o legislador pretender tutelar dessa forma diferenciada. Insisto, entretanto, que a origem da tutela coletiva está associada aos direitos de natureza transindividual, sendo a ampliação do objeto da tutela uma opção do legislador, certamente satisfeito com os resultados práticos gerados pelo novo sistema criado.

Esse desenvolvimento da tutela coletiva é compreensível. Os direitos transindividuais não podem ser efetivamente protegidos pela tutela individual, a qual, no Brasil, está essencialmente prevista no sistema processual criado pelo Código de Processo Civil. Sem as devidas adaptações de alguns institutos processuais, notadamente da legitimidade ativa e da coisa julgada⁶, a efetiva tutela dessas espécies de direito material seria inviável. Daí a necessidade imprescindível de formação de um novo sistema, da criação e disponibilização às partes de uma nova espécie de tutela, chamada de tutela coletiva.

Não foi a inviabilidade de proteção por meio da tutela individual que levou os direitos individuais homogêneos para o âmbito da tutela coletiva, mas uma opção de política legislativa fundada em variadas razões, como devidamente exposto no item 6.4. O direito individual homogêneo, por exemplo, é tradicionalmente admitido como tutelável pela tutela coletiva diante dos multifacetários obstáculos existentes para sua efetiva proteção no âmbito da tutela individual. Ainda assim, é inegável que tal espécie de direito pode ser protegido pela tutela individual, o que, inclusive, ocorre até hoje, com a existência de diversas ações individuais que poderiam ser substituídas por uma ação coletiva fundada em direito individual homogêneo.

O que se pretende deixar claro é que a tutela coletiva é absolutamente imprescindível para a proteção de direitos difusos e coletivos, e sem ela jamais poderão ser devidamente atendidos com a aplicação da tutela individual. Nos direitos individuais – homogêneos ou indisponíveis de determinados sujeitos – a tutela individual é abstratamente apta a tutelar o direito, ainda que na prática, em razão dos inúmeros obstáculos existentes, seja altamente recomendável a aplicação da tutela coletiva.

Fazendo uma analogia, valer-se da tutela individual para a proteção de um direito transindividual é o mesmo que exigir que a parte esvazie uma piscina com um garfo. A tarefa, naturalmente, será impossível de ser cumprida. No direito individual – homogêneo ou indisponível de determinados sujeitos – disponibiliza-se uma colher para a parte esvaziar a mesma piscina. Será difícil, trabalhoso, cansativo e demorado, mas a tarefa pode ser cumprida. Aplicar a tutela coletiva nesses direitos é permitir que a parte abra o ralo da piscina, o que fará com

⁶ Zavascki, *Processo*, p. 35.

que água escoe de maneira mais rápida e eficaz, obtendo-se o esvaziamento da piscina em menor tempo, com menos esforço e de forma mais eficiente.

A urgência na criação de uma nova forma de tutela para proteger os direitos transindividuais é explicada corretamente pela doutrina como forma de atender o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Consagrado pelo art. 5º, XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), o princípio da inafastabilidade tem dois aspectos: a relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos e o acesso à ordem jurídica justa, que dá novos contornos ao princípio, firme no entendimento de que a inafastabilidade somente existirá concretamente por meio do oferecimento de um processo que efetivamente tutele o interesse da parte titular do direito material. Interessa ao presente estudo o segundo aspecto.

O que realmente significa dizer que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser tutelada jurisdiccionalmente? Trata-se da ideia de “acesso à ordem jurídica justa”, ou, como preferem alguns, “acesso à tutela jurisdiccional adequada”. Segundo lição corrente na doutrina, essa nova visão do princípio da inafastabilidade encontra-se fundada em quatro ideais principais, verdadeiras vigas mestras do entendimento⁷: acesso ao processo, ampla participação, decisões com justiça e eficácia das decisões.

Interessa à presente análise a primeira dessas vigas mestras. O acesso ao processo dos direitos transindividuais seria impossível com a aplicação do sistema criado para a tutela individual. E, nesse sentido, o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrada constitucionalmente seria flagrantemente desrespeitado. A única forma de fazer valer concretamente o princípio constitucional nesse caso, portanto, seria – como foi – com a criação da tutela coletiva.

Ainda que de maneira mais difícil, demorada e cara, para os direitos individuais atualmente protegidos pela tutela coletiva não é concebível falar em impossibilidade de tutela por meio do sistema criado pela tutela individual. Conforme já afirmado, os obstáculos são tantos e tão significativos, entretanto, que sacrificam ou tornam extremamente difícil o acesso ao processo, de modo que a inclusão de tal espécie de direito no microsistema coletivo também pode ser explicada como efetivação do princípio do acesso à ordem jurídica justa.

2.3. MICROSSISTEMA COLETIVO

2.3.1. Conceito

A ideia de criação de microsistema foi muito bem desenvolvida no campo do direito material, sendo os estudos mais aprofundados sobre o tema apresentados por civilistas. Também em outros campos do direito material, tais como o

⁷ Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, pp. 39-41.

direito trabalhista e penal, existem estudos e aplicação da ideia de microssistema. Acredito que até mesmo no direito processual tal ideia não se limita à tutela coletiva, havendo doutrina, por exemplo, que fala em microssistema processual criado pelas três leis que regulamentam os Juizados Especiais (Lei 9.099/1995; Lei 10.259/2001; Lei 12.153/2009)⁸.

A pluralidade de normas processuais que regulamentam a tutela coletiva no direito pátrio é algo que naturalmente complica sua aplicação no caso concreto, com discussões muitas vezes acaloradas sobre qual norma aplicar. É um problema que poderia ter sido resolvido, mas a opção legislativa não seguiu o desejo da maior parte da doutrina especializada.

Existe um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. Contribuíram para a elaboração desse Código Modelo especialistas ibero-americanos de diversos países, sendo brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluísio de Castro Mendes. Como o próprio nome sugere, entretanto, trata-se apenas de um modelo, que serve, quando muito, para comparação com o direito vigente em nosso país. De qualquer forma, trata-se de compilação em um só Código de todas as normas processuais da tutela coletiva.

Certamente influenciados pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, teve início em território nacional um movimento para a elaboração de um Código de Processo Civil coletivo. Depois de muitas idas e vindas, o projeto, que desistiu da ideia originária de um novo Código e passou a propor uma revisão substancial da Lei 7.347/1985, para que passasse a ser o diploma processual coletivo (Projeto de Lei 5.139/2009), foi rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça⁹, sendo interposto recurso do relator e de outros deputados contra tal decisão. Finalmente, em 17 de março de 2010, o projeto de lei foi rejeitado pela Câmara dos Deputados.

Esse brevíssimo histórico é importante porque demonstra que houve uma tentativa legislativa de reunião de todas – ou ao menos da maioria – as normas processuais da tutela coletiva em um só diploma legal. Ocorre, entretanto, que esse objetivo não foi alcançado, de forma que, atualmente, o sistema processual de tutela coletiva está espalhado por inúmeras leis, o que exige do intérprete o reconhecimento de que o microssistema de processo coletivo resulta da reunião de normas distribuídas por tais leis.

Registre-se, antes de tudo, que o termo microssistema coletivo não é tranquilo na doutrina, havendo aqueles que preferem falar em minissistema¹⁰ e outros, em sistema único coletivo¹¹. São diferentes nomenclaturas para praticamente o mesmo raciocínio, de modo que a adoção de uma ou de outra não gera qualquer

⁸ Câmara, Juizados, pp. 3-5.

⁹ Grinover, Código, pp. 35-39.

¹⁰ Grinover, Código, p. 33.

¹¹ Gomes Jr. e Favreto, Anotações, pp. 530-531.

repercussão prática relevante. Prefiro o termo “microsistema coletivo” por ser o mais utilizado, sendo, inclusive, consagrado no Superior Tribunal de Justiça¹². O mais importante é a definição de como as leis que compõem o microsistema se relacionam e como este se relaciona com o Código de Processo Civil.

São inúmeras as leis que compõem o microsistema coletivo, como, por exemplo: Lei 4.717/1965 (Ação Popular); Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública); Constituição Federal de 1988; Lei 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários); Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa); Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança); Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção); Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção).

Apesar da inegável pluralidade de leis a comporem o microsistema coletivo, a doutrina parece tranquila no sentido de indicar que o núcleo duro desse microsistema é formado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor¹³. Para alguns, inclusive, só existiriam o Código de Defesa do Consumidor e a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/1985 e reafirmada, contrariada ou complementada pelas demais leis mencionadas¹⁴. Seja como for, não há como negar a relevância das Leis 7.347/1985 e 8.078/1990 para o microsistema coletivo.

No tocante à norma que deve ser aplicada no caso concreto, é possível pensar em três interessantes pontos: (i) definir dentro do núcleo duro qual norma deve ser aplicada; (ii) fora do núcleo duro, como normas de outras leis que compõem o microsistema devem ser aplicadas; (iii) fora do microsistema, como devem ser aplicadas as regras do Código de Processo Civil.

Quanto ao primeiro ponto, há corrente doutrinária que defende serem prioritariamente aplicáveis as normas da Lei de Ação Civil Pública, deixando-se a aplicação em segundo plano, no que for cabível, das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor¹⁵, enquanto outra corrente entende que, sendo a relação de direito material de consumo, a aplicação da Lei de Ação Civil Pública deve ocorrer subsidiariamente¹⁶. Levando-se em consideração apenas esses dois entendimentos, o primeiro é preferível em razão da expressa previsão contida no art. 21 da Lei 7.347/1985.

¹² STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.357.759/GO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/06/2014, DJe 04/08/2014; STJ, 4ª Turma, REsp 1.192.577/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15/05/2014, DJe 15/08/2014; STJ, 1ª Turma, REsp 1.221.254/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 05/06/2012; DJe 13/06/2012.

¹³ Andriighi, Reflexões, p. 338; Leonel, Manual, n. 4.10, p. 148.

¹⁴ Grinover, Código, pp. 33-34.

¹⁵ Carvalho Filho, Ação, p. 479; Didier-Zaneti, Curso, p. 53.

¹⁶ Nery Jr., Código, p. 221.

Considero mais correto o entendimento de que não existe propriamente uma ordem preestabelecida entre os dois diplomas legais. Na realidade, são raras as hipóteses de conflito entre normas desses dois diplomas legais, servindo o segundo para especificar normas existentes no primeiro, como ocorre, por exemplo, no caso da competência, ou para incluir novidades, como se dá com a expressa previsão de tutela coletiva aos direitos individuais homogêneos. Normas do diploma mais antigo, modificadas posteriormente, também são aplicáveis no diploma mais recente, como o famigerado art. 16 da LACP. Como se nota, há uma quase perfeita interação entre os dois diplomas que formam o núcleo duro do microsistema coletivo.

Mais complexa é a solução de conflito entre o núcleo duro formado pelas duas leis e as demais leis extravagantes que compõem o microsistema. Para parcela da doutrina, primeiro deve-se aplicar o núcleo duro, e somente não havendo norma lá prevista, as demais leis¹⁷, enquanto outros entendem que primeiro devam ser aplicadas as leis específicas, e apenas na hipótese de omissão se passar à aplicação das regras constantes do núcleo duro¹⁸.

Caso seja necessária a determinação *a priori* e de forma abstrata de qual lei deve prevalecer, tem mais lógica o segundo entendimento, aplicando-se antes a norma prevista em lei específica, e, somente diante de sua omissão, a norma geral prevista no núcleo duro do microsistema coletivo. Não parece, entretanto, ser sempre essa a melhor solução, porque é possível que a norma específica seja menos benéfica para a tutela do direito material do que aquela prevista de forma genérica na Lei de Ação Civil Pública e/ou no Código de Defesa do Consumidor.

Prefiro, portanto, o entendimento de que, dentro do microsistema coletivo, deve ser sempre aplicável a norma mais benéfica à tutela do direito material discutido no processo, sendo irrelevante se determinada por norma específica ou geral, anterior ou posterior, ou qualquer outra forma de interpretação de normas¹⁹. Esse entendimento tem como mérito uma proteção mais efetiva ao direito material coletivo *lato sensu*, independentemente da espécie de direito e do diploma legal criado pelo legislador para tutelá-lo, porém gera relativa insegurança jurídica por não criar bases objetivas para aferição da norma aplicável ao caso concreto, dependendo sempre da casuística.

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 microsistema²⁰. Além disso, a norma processual presente no Código de Processo Civil não pode afrontar os

¹⁷ Didier-Zaneti, Curso, p. 53.

¹⁸ Assagra, Direito, p. 547; Gajardoni, Comentários, pp. 112-113; Klippel-Neffa Jr., Comentários, pp. 340-341.

¹⁹ Gajardoni, Direitos I, p. 51.

²⁰ Gomes Jr. e Favreto, Anotações, p. 531.

princípios do processo coletivo²¹ estudados no Capítulo 5, o que leva a doutrina a afirmar que a aplicação não deve ser subsidiária, mas sim eventual.

2.3.2. Casuística

São variados os exemplos de aplicação das normas presentes nas leis que compõem o microsistema coletivo e mesmo da aplicação residual do Código de Processo Civil, mas nem sempre a realidade confirma uma opção uníssona de interpretação de qual a norma a ser aplicada. O presente item se presta a enumerar algumas dificuldades, sem qualquer pretensão de ser exaustivo, até porque os conflitos entre leis do microsistema podem ser encontrados em diversas passagens da presente obra.

A doutrina ressalta que a convivência da ação popular e da ação civil pública traz interessantes e polêmicas dificuldades na praxe forense, deixando em diversas oportunidades dúvidas a respeito da norma aplicável ao caso concreto.

Como foi desenvolvido no item 8.2.1, a única ação coletiva que prevê a legitimidade ativa do indivíduo é a ação popular. Além disso, não admite conconcorrentemente a legitimidade ativa de nenhum dos legitimados ativos para a propositura das demais ações coletivas. Não se tem notícia, apesar da aspiração por parte da doutrina, de conjugação dessas normas de legitimidade como uma só regra ficcional criada pela conjugação das duas regras expressas em nosso ordenamento jurídico. Cidadão não pode ingressar com ação civil pública e associação, por exemplo, não pode ingressar com ação popular.

Nesse caso da legitimidade ativa, adota-se a prevalência da norma própria prevista em cada uma das leis. O mesmo fenômeno ocorre no tocante ao momento em que passa a ser dever funcional do Ministério Público executar a sentença de procedência, com o conflito do art. 16 da Lei 4.717/1965 e do art. 15 da Lei 7.347/1985, devidamente analisado no item 5.9.

A percepção é de que, havendo regras específicas nessas duas leis – e também no Código de Defesa do Consumidor –, a tese de leis que se interpenetram e se subsidiam não se aplica, respeitando-se cada qual sua própria regulamentação legal.

Por outro lado, existem normas que têm exatamente o mesmo conteúdo, e por isso não criam maiores dificuldades práticas. Tome-se como exemplo o art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública) e o art. 5º, § 3º, da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), que, apesar de redações distintas, têm exatamente o mesmo conteúdo.

Diante de omissão de uma ou outra, seria o caso finalmente de aplicação da ideia de microsistema. E realmente em algumas situações se nota tal aplicação, como ocorre na adoção do prazo prescricional da Lei de Ação Popular (art. 21 da Lei 4.717/1965) na ação civil pública, conforme vem reiteradamente decidindo o

²¹ STJ, 2ª Turma, REsp 1.452.660/ES, rel. Min. Og Fernandes, j. 19/10/2017, DJe 27/04/2018.

Superior Tribunal de Justiça²². Registre-se, entretanto, decisão da 3ª Turma do tribunal aplicando a distinção para se afastar do entendimento consolidado deixando-o de aplicar para pretensão consumerista veiculada por ação civil pública²³.

Não entendo adequada a distinção nesse caso. Primeiro, é natural que ela não exista quando o direito material objeto da ação civil pública for tutelável por ação popular. Dessa forma, qualquer ação civil pública que verse sobre patrimônio público – material e imaterial – se sujeita ao prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei 4.717/1965). Mas mesmo o direito consumerista, que não pode ser objeto de ação popular, deve seguir a mesma regra. Não me parece haver lógica sistêmica em criar um prazo prescricional para a tutela do patrimônio público e não haver prazo para a tutela coletiva do consumidor. Por mais relevante que seja tal espécie de tutela, não parece ser mais relevante que a tutela do patrimônio público.

Curiosamente não era esse o entendimento do mesmo tribunal ao enfrentar o tema da competência territorial na ação popular, que, em vez de determinar a aplicação da regra geral do microssistema – local do dano –, determina a aplicação das regras de competência territorial previstas no Código de Processo Civil. Nesse sentido deve ser saudada a mudança de posicionamento do tribunal²⁴, que passou a, corretamente, entender que o que deve ser buscado não é a conveniência do autor popular, mas a escolha do foro com maior aptidão para melhor e celeremente tutelar o interesse coletivo que o autor popular visa defender, passando a aplicar a regra prevista no art. 2º, da LACP.²⁵

Com a Lei 12.016/2009, que passou a regulamentar o mandado de segurança coletivo, também surgiram interessantes questões a respeito de colisão de regras específicas do mandado de segurança e genéricas do núcleo duro do microssistema coletivo.

O art. 22, *caput*, da Lei 12.016/2009 prevê que no mandado de segurança coletivo a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. Como se pode notar da redação do dispositivo legal, não há qualquer menção à coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, consagrada no art. 103, § 1º, do CDC. Pergunta-se: a coisa julgada do mandado de segurança coletivo se dá *pro et contra*, atingindo os indivíduos mesmo com a denegação da ordem ou *secundum eventum litis in utilibus*, vinculando os indivíduos somente com o acolhimento do pedido?

Adotando-se a tese da regra específica prevalecendo sobre a regra geral, a conclusão seria pela coisa julgada *pro et contra*, excepcionando o sistema criado

²² STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp 1.780.768/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 06/08/2019, DJe 12/08/2019; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 557.733/RJ, rel. Min. Og Fernandes, j. 24/03/2015, DJe 08/04/2015; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.173.874/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 17/03/2015, DJe 24/03/2015; STJ, 2ª Seção, AgRg nos EREsp 995.995/DF, rel. Min. Raul Araújo, j. 11/03/2015, DJe 09/04/2015.

²³ STJ, 3ª Turma, REsp 1.736.091/PE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14/05/2019, DJe 16/05/2019.

²⁴ STJ, 1ª Seção, CC 164.362/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12/06/2019, DJe 19/12/2019.

²⁵ STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1.883.545/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 04/10/2021, DJe 07/10/2021.

pela tutela coletiva para não vincular negativamente indivíduos que não tenham feito parte do processo. Apesar de existir doutrina que defende esse entendimento²⁶, e precedente do Superior Tribunal de Justiça²⁷ não me parece adequada a conclusão, até porque o art. 22, *caput*, da Lei 12.016/2009 nada prevê especificamente a respeito das situações em que deve ser gerada a coisa julgada no mandado de segurança coletivo, limitando-se a prever o aspecto subjetivo *ultra partes* do fenômeno. A doutrina majoritária defende a aplicação por analogia do art. 103, § 1º, do CDC²⁸.

Por outro lado, há relevante distinção no tocante ao aproveitamento de autor de ação individual quando em trâmite mandado de segurança coletivo. O art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009 prevê que o autor individual só se beneficiará do mandado de segurança coletivo se desistir da ação individual, enquanto o art. 104 do CDC permite o aproveitamento com a simples suspensão do processo individual. Nesse caso, como existe norma expressa a respeito do tema, há uma divisão mais perceptível na doutrina.

Os que adotam a tese de a norma específica se sobrepor à norma geral defendem a literalidade do art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009²⁹. Prefiro o entendimento que vê inconstitucionalidade na norma indicada, em especial por desconsiderar que uma desistência do mandado de segurança significará na prática uma verdadeira renúncia a esse instrumento processual, considerando-se seu exíguo prazo de decadência³⁰. Dessa forma, é preferível a aplicação do art. 104 do CDC, ainda que exista norma específica para o mandado de segurança coletivo, por ser aquela mais consentânea com o microsistema coletivo, do qual o mandado de segurança faz parte³¹.

E não é só na ação popular e no mandado de segurança que surgem polêmicas.

O campo da competência, tema versado no Capítulo 7, é fértil para essa análise. A regra geral é prevista pelo art. 2º da Lei 7.347/1985 (local do dano), com os temperamentos trazidos pelo art. 93 da Lei 8.078/1990. Há, entretanto, normas específicas que se sobrepõem à regra geral, como ocorre no art. 209 da Lei 8.069/1990 (no ECA a competência é do foro do local do ato ou omissão)³² e no art. 80 da Lei 10.741/2003 (no Estatuto da Pessoa Idosa a competência é do foro do domicílio da pessoa idosa)³³.

²⁶ Scarpinella Bueno, *A nova*, 58, pp. 135-136; Redondo-Oliveira-Cramer, *Mandado*, pp. 153-154.

²⁷ STJ, 1ª Turma, RMS 34.270/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25/10/2011, DJe 28/10/2011.

²⁸ Nery-Nery, *Código*, p. 1.731; Didier-Zaneti Jr., *O mandado*, p. 233; Alvim, *Aspectos*, p. 128; Ferraresi, *Do mandado*, pp. 125-126; Andrade-Masson-Andrade, *Interesses*, 4.9.1, pp. 362-363; Klippel-Neffa Jr., *Comentários*, pp. 342-345.

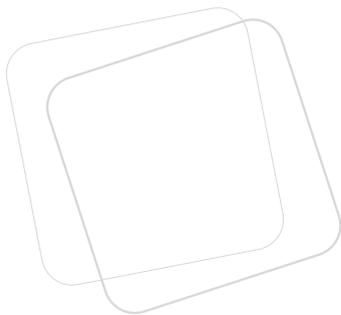
²⁹ Gajardoni, *Comentários*, pp. 113-114; Redondo-Oliveira-Cramer, *Mandado*, pp. 154-156.

³⁰ Didier-Zaneti, *O mandado*, pp. 236-237; Klippel-Neffa Jr., *Comentários*, pp. 352-354.

³¹ Scarpinella, *A nova*, n. 59, pp. 137-138.

³² Mazzili, *A defesa*, p. 706. 10.741/03.

³³ No julgamento do IAC10, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela competência absoluta dessas regras de competência, preferíveis àquela consagrada no art. 2º da LACP (STJ, 1ª Seção, REsp 1.896.379/MT, rel. Min. Og Fernandes, j. 21/10/2021, DJe 13/12/2021).



MEIOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Sumário: 18.1. Introdução – 18.2. Jurisdição – 18.3. Equivalentes jurisdicionais: 18.3.1. Autotutela; 18.3.2. Autocomposição; 18.3.3. Mediação; 18.3.4. Arbitragem.

18.1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro disponibiliza às partes variadas formas de solução dos conflitos, sendo possível elencar a jurisdição, a autotutela, a autocomposição, a mediação e a arbitragem. A pretensão no presente capítulo é analisar como essas diferentes formas de solução de conflitos aplicam-se ao direito coletivo *lato sensu*.

18.2. JURISDIÇÃO

A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social. Há doutrina que prefere analisar a jurisdição sob três aspectos distintos: poder (Estado), função (Poder Judiciário) e atividade (juiz)¹. O poder jurisdicional é o que permite o exercício da função jurisdicional que se materializa no caso concreto por meio da atividade jurisdicional. Essa intersecção é natural e explicável por tratar-se de um mesmo fenômeno processual, mas, ainda assim, é interessante a análise conforme sugerido porque com isso tem-se uma apuração terminológica sempre bem-vinda.

¹ Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, 2008.

Como se verifica em praticamente todas as espécies de conflitos de interesses, aqueles que envolvem os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são em sua maioria resolvidos por meio da jurisdição. A cultura do processo existente entre os operadores do Direito, bem como na população em geral, leva a maioria das crises jurídicas ao Poder Judiciário, na busca de uma solução impositiva do juiz que resolva tal conflito.

Conforme já devidamente analisado no item 5.10, a tutela jurisdicional coletiva será exercida por meio de qualquer espécie de processo – conhecimento, execução e cautelar – na busca de qualquer espécie de tutela jurisdicional – meramente declaratória, constitutiva, condenatória, executiva *lato sensu*, mandamental, cautelar e executiva.

18.3. EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

O Estado não tem, por meio da jurisdição, o monopólio da solução das crises jurídicas, sendo admitidas pelo Direito outras maneiras pelas quais as partes possam buscar uma solução do conflito em que estão envolvidas. São chamadas de equivalentes jurisdicionais ou de formas alternativas de solução dos conflitos. Há quatro espécies reconhecidas por nosso direito: autotutela, autocomposição, mediação e arbitragem.

18.3.1. Autotutela

A autotutela é a forma mais antiga de solução dos conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvidas no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora. Por “força” deve-se entender qualquer poder que a parte vencedora tenha condições de exercer sobre a parte derrotada, resultando na imposição de sua vontade. O fundamento dessa força não se limita ao aspecto físico, podendo-se verificar nos aspectos afetivo, econômico, religioso etc.

É evidente que uma solução de conflitos resultante do exercício da força não é a forma que se procura prestigiar em um Estado democrático de direito. Aliás, pelo contrário, a autotutela lembra as sociedades mais rudimentares, nas quais a força era sempre determinante para a solução dos conflitos, pouco importando de quem era o direito objetivo no caso concreto. Como, então, a autotutela continua a desempenhar papel de equivalente jurisdicional ainda nos tempos atuais?

Primeiro, é preciso observar que a autotutela é consideravelmente excepcional, sendo raras as previsões legais que a admitem. Como exemplos é possível lembrar a legítima defesa (art. 188, I, do CC); apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, I, do CC); desforço imediato no esbulho (art. 1.210, § 1º, do CC). A justificativa é de que o Estado não é onipresente, sendo impossível estar em todo lugar e a todo momento para solucionar violações ou ameaças ao direito

objetivo, de forma que em algumas situações excepcionais é mais interessante ao sistema jurídico, diante da ausência do Estado naquele momento, a solução pelo exercício da força de um dos envolvidos no conflito.

Segundo, e mais importante, a autotutela é a única forma de solução alternativa de conflitos que pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, de modo que o derrotado sempre poderá judicialmente reverter eventuais prejuízos advindos da solução do conflito pelo exercício da força de seu adversário. Trata-se, portanto, de uma forma imediata de solução de conflitos, mas que não recebe os atributos da definitividade, sempre podendo ser revista jurisdicionalmente.

Não vejo como se resolver um conflito que tem como objeto direito coletivo *lato sensu* por meio de autotutela.

18.3.2. Autocomposição

18.3.2.1. Diferentes espécies

A autocomposição é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito mediante a vontade unilateral ou bilateral de tais sujeitos. O que determina a solução do conflito não é o exercício da força, como ocorre na autotutela, mas a vontade das partes, o que é muito mais condizente com o Estado democrático de direito em que vivemos. Inclusive é considerado atualmente um excelente meio de pacificação social porque inexiste no caso concreto uma decisão impositiva, como ocorre na jurisdição, valorizando-se a autonomia da vontade das partes na solução dos conflitos.

A autocomposição é um gênero, do qual são espécies a transação – a mais comum –, a submissão e a renúncia. Na transação há um sacrifício recíproco de interesses, sendo que cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para que se atinja a solução do conflito. Trata-se do exercício de vontade bilateral das partes, visto que quando um não quer dois não fazem a transação. Na renúncia e na submissão o exercício de vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre de ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do pretensão direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer com o conflito gerado por sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima sua resistência.

Cumprir observar que, embora sejam espécies de autocomposição, e por tal razão formas de equivalentes jurisdicionais, a transação, a renúncia e a submissão podem ocorrer também durante um processo judicial, sendo a submissão nesse caso chamada de reconhecimento jurídico do pedido, enquanto a transação e a renúncia mantêm a mesma nomenclatura.

Verificando-se durante um processo judicial, o juiz homologará por sentença de mérito a autocomposição (art. 487, III, do CPC), com formação de coisa julgada material. Nesse caso, é importante perceber que a solução do conflito se deu por autocomposição, derivada da manifestação da vontade das partes, e não da aplicação do direito objetivo ao caso concreto (ou ainda da criação da norma jurídica), ainda que a participação homologatória do juiz tenha produzido uma decisão apta a gerar a coisa julgada material. Dessa forma, tem-se certa hibridez: substancialmente o conflito foi resolvido por autocomposição, mas formalmente, em razão da sentença judicial homologatória, há o exercício de jurisdição.

Atualmente nota-se um incremento na autocomposição, em especial na transação, o que segundo parcela significativa da doutrina representa a busca pela solução de conflitos que mais gera a pacificação social, uma vez que as partes, por sua própria vontade, resolvem o conflito e dele saem sempre satisfeitas. Ainda que tal conclusão seja bastante discutível, por desconsiderar no caso concreto as condições concretas que levaram as partes, ou uma delas, à autocomposição, é inegável que a matéria “está na moda”. Nesse tocante, é imprescindível que se tenha a exata noção de qual papel desempenham na autocomposição a negociação, a conciliação e a mediação.

Pela negociação as partes chegam a uma transação sem a intervenção de um terceiro, enquanto na conciliação há a presença de um terceiro (conciliador) que funcionará como intermediário entre as partes. O conciliador não tem o poder de decidir o conflito, mas pode desarmar os espíritos e levar as partes a exercer suas vontades no caso concreto para resolver o conflito de interesse.

Ainda que tal conclusão seja bastante discutível, por desconsiderar no caso concreto as condições que levaram as partes, ou uma delas, à autocomposição, é inegável que tal forma alternativa de solução de conflitos “está na moda”. Nesse tocante, é imprescindível que se tenha a exata noção de qual papel desempenham na autocomposição a negociação e a conciliação.

Pela negociação as partes chegam a uma transação sem a intervenção de um terceiro, enquanto na conciliação há a presença de um terceiro (conciliador) que funcionará como intermediário entre as partes. O conciliador não tem o poder de decidir o conflito, mas pode desarmar os espíritos e levar as partes a exercer suas vontades no caso concreto para resolver o conflito de interesse.

Na tutela coletiva parece não ter lugar a renúncia, considerando-se a indisponibilidade dos direitos materiais difusos e coletivos tutelados pelo microsistema coletivo. Ademais, a indeterminação ou indeterminabilidade dos sujeitos que compõem a coletividade, classe, grupo ou categoria de pessoas impede que os legitimados coletivos, escolhidos pela lei para defenderem esses direitos, em juízo ou fora, deles renunciem. Por tal razão incluo na impossibilidade de renúncia inclusive o direito individual homogêneo disponível².

² Leonel, Manual, 5.18.3, p. 350.