

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Marcos Destefenni

***Estabilidade, Congruência e
Flexibilidade na Tutela Coletiva***

DOUTORADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

DIREITOS DIFUSOS

SÃO PAULO

2008

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Marcos Destefenni

***Estabilidade, Congruência e
Flexibilidade na Tutela Coletiva***

**DOUTORADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS
DIREITOS DIFUSOS**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS – DIREITOS DIFUSOS, sob a orientação do Professor Doutor SERGIO SEIJI SHIMURA.

**SÃO PAULO
2008**

Banca Examinadora

*Meus agradecimentos a cinco grandes mestres:
Prof. Dr. João Batista Lopes, que despertou o
gosto pela academia; Profa. Dra. Consuelo
Yoshida, que me inseriu no mundo dos direitos
difusos; Prof. Dr. Donaldo Armelin que
consolidou o amor pelo direito processual;
Prof. Dr. Edilson Mongenot Bonfim, que me
propiciou grandes oportunidades acadêmicas;
Prof. Dr. Sergio Shimura orientador, no mais
nobre sentido da palavra.*

*Meu agradecimento à Profa. Dra. Daniela
Campos Libório Di Sarno pela orientação, pelo
apoio e pelo incentivo.*

Para a Andressa, minha amada esposa e companheira. Para os meus filhos Enzo, Giulia e Sophia, com muito amor. Para meus pais, José e Ires, pelo exemplo. Para o Bráulio e a Leila, verdadeiros pais. Para meu irmão, José Roberto Destefenni.

Para a Ana Lia Sampaio Machado de Souza, querida amiga e incentivadora do meu trabalho. Exemplo de pessoa dedicada e obstinada.

Resumo

O presente estudo dirige-se ao princípio da estabilidade da demanda, procurando refletir sobre sua incidência no processo civil individual e no processo civil coletivo.

Após concluir que se trata de princípio fundamental integrante do devido processo legal, são analisadas as peculiaridades da sua incidência no processo coletivo.

Procura-se demonstrar que o princípio da efetividade da tutela coletiva, que está consagrado no art. 83 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, exige a adoção de um modelo processual que compatibilize o princípio da estabilidade da demanda com certa flexibilização da tutela coletiva.

A conclusão final é que a adoção de um sistema processual mais flexível é compatível com as peculiaridades da jurisdição coletiva e fundamental para se obter a desejada efetividade da tutela coletiva.

Palavras-chave: Processo civil coletivo. Princípio da estabilidade da demanda. Princípio da congruência. Flexibilidade da tutela coletiva.

Abstract

The present study focuses on the principle of demand stability, attempting to reflect upon its incidence in the individual and collective civil suits.

After concluding that it is about a fundamental integrant principle of the legal process, the singularities of its incidence in the collective civil suit are analyzed.

We seek to demonstrate that the effectiveness principle of collective custody, that is established in the art. 83 in the Brazilian Code of Consumer Defense, requires the adoption of a processual model that is able to suit the principle of demand consistency with a certain flexibility with the collective custody.

The final conclusion is that the adoption of a more flexible processual system is compatible with the singularities of the collective jurisdiction and fundamental to obtain the desired effectiveness on the collective custody.

Key-words: Class action. Stability of judicial proceedings. Principle of congruency. Flexibility of collective custody.

Riassunto

Il presente studio mira il principio di stabilità della domanda nel tentativo di riflettere sulla sua incidenza nel processo civile individuale e nel processo civile collettivo.

Dopo concludere che si tratta di principio fondamentale integrante del dovuto processo legale, vengono analizzate le peculiarità della sua incidenza nel processo collettivo.

Si cerca di dimostrare che il principio dell'effettività della tutela collettiva, che si trova stabilito nell'art. 83 del Codice Brasileiro di Difesa dell'Utente, esige l'adozione di un modello processuale che sia compatibile al principio di stabilità dell'esigenza con certa flessibilità della tutela collettiva.

La conclusione finale è che l'adozione di un sistema processuale più flessibile è compatibile con le peculiarità della giurisdizione collettiva e fondamentale affinché si ottenga la desiderata effettività della tutela collettiva.

Parole-Chiavi: Processo civile collettivo. Principio di stabilità della domanda giudiziale. Principio della congruenza fra il chiesto ed il pronunciato. Flessibilità della tutela collettiva.

SUMÁRIO

Introdução.....	13
------------------------	-----------

Capítulo 1

Princípio da estabilidade da demanda.....	16
--	-----------

1.1. Processo civil e princípios fundamentais.....	16
1.1.1. O caráter normativo dos princípios.....	19
1.2. Princípio dispositivo.....	22
1.3. Princípio da estabilidade da demanda.....	27
1.3.1. A relação jurídica processual: a demanda posta em juízo.....	28
1.3.2. A necessidade de se garantir a estabilidade da demanda posta em juízo para que seja congruente a sentença.....	29
1.3.2.1. A proibição de sentença condicional.....	45
1.3.3. Estabilidade objetiva.....	47
1.3.4. Estabilidade subjetiva.....	52
1.3.5. Estabilidade do juízo.....	55
1.3.6. Estabilidade do juiz.....	62
1.3.7. Estabilidade das questões a serem dirimidas.....	66
1.3.8. Estabilidade das provas.....	68
1.3.9. Estabilidade na fase decisória: a regra da congruência.....	69
1.3.9.1. O fundamento da regra da congruência.....	75
1.3.10. Estabilidade da sentença.....	78
1.3.11. Preclusão e estabilidade.....	78
1.3.12. Estabilidade na fase recursal.....	79
1.3.13. Trânsito em julgado, coisa julgada e estabilidade.....	81
1.3.14. Estabilidade na fase de liquidação.....	83
1.3.15. Estabilidade na fase executiva.....	84
1.4. Sistema processual flexível.....	85

Capítulo 2

Processo coletivo.....	88
-------------------------------	-----------

2.1. Introdução ao estudo dos direitos transindividuais e do processo coletivo.....	88
2.2. Os diferentes regimes jurídicos.....	90
2.3. As características dos novos direitos.....	91
2.4. As gerações de direitos.....	92
2.5. O necessário reexame dos institutos processuais.....	94
2.6. Pequena síntese da evolução da tutela coletiva no Brasil.....	96
2.7. Direitos coletivos no sentido lato e no sentido estrito.....	101
2.8. Jurisdição coletiva.....	107
2.9. Direito processual coletivo e a proposta de um Código Brasileiro de Processo Coletivo.....	108
2.10. Processo coletivo: comum e especial.....	112
2.11. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.....	114

2.12. Ações coletivas.....	115
2.13. Ações coletivas e a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.....	124
2.14. Ação coletiva passiva.....	125

Capítulo 3

Tutela coletiva:

estabilidade, congruência e flexibilidade.....	129
3.1. O devido processo coletivo, a garantia de sua efetividade e a flexibilização da tutela coletiva.....	129
3.1.1. A tutela coletiva.....	131
3.1.2. As classificações e a questão da atipicidade da tutela jurisdicional.....	133
3.1.3. Possibilidades de classificações.....	135
3.1.4. A classificação segundo a tutela pretendida pelo autor.....	135
3.1.5. Tutela ressarcitória e tutela inibitória.....	139
3.1.5.1. Natureza satisfativa da tutela inibitória.....	140
3.1.5.2. A questão temporal.....	141
3.1.5.3. A questão do objeto.....	141
3.1.5.4. Fundamentos constitucionais da tutela inibitória.....	141
3.1.5.5. Fundamentos legais da tutela inibitória.....	144
3.1.5.6. Tutela inibitória: típica e atípica.....	145
3.1.5.7. Tutela inibitória individual.....	148
3.1.5.8. Tutela inibitória coletiva.....	149
3.1.6. A flexibilização da tutela coletiva.....	152
3.1.6.1. A possibilidade de cumulação de diversos pedidos.....	153
3.1.6.2. A possibilidade de ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos.....	160
3.2. A incidência do princípio da estabilidade e da regra da congruência nas ações coletivas.....	164
3.3. Estabilidade na fase de conhecimento da demanda.....	165
3.3.1. Princípio da inércia da jurisdição e ações coletivas.....	165
3.3.2. Causa de pedir e pedido nas ações coletivas: as peculiaridades das ações coletivas.....	169
3.3.2.1. Maior flexibilidade na exposição da causa de pedir.....	169
3.3.2.2. A maior liberdade de alteração da causa de pedir e do pedido nas ações coletivas.....	177
3.3.2.3. A estabilidade objetiva no Mandado de Segurança.....	181
3.3.3. Estabilidade subjetiva e a questão peculiar da intervenção de terceiros.....	199
3.3.3.1. Noções gerais da intervenção de terceiros e sua relação com a instabilidade da demanda.....	202
3.3.3.2. Restrições ao litisconsórcio em demandas individuais e coletivas como técnica de se garantir a estabilidade da demanda e a maior efetividade da tutela.....	210
3.3.3.3. Restrições à intervenção de terceiros em demandas individuais e coletivas como forma de se garantir a estabilidade da demanda e a maior efetividade da tutela.....	216

3.3.3.4. A questão da denunciação da lide em ações coletivas ambientais.....	220
3.3.3.5. A assistência e as ações coletivas.....	224
3.3.3.6. A questão da intervenção no processo objetivo de controle de constitucionalidade.....	232
3.3.4. Competência, causas de modificação e estabilidade nas ações coletivas.....	244
3.3.4.1. Noções gerais.....	244
3.3.4.2. As causas de modificação da competência (conexão e continência), a prevenção e a repercussão nas ações coletivas.....	246
3.3.4.3. A questão dos danos nacionais.....	260
3.3.4.4. A questão da delegação da competência da Justiça Federal à Estadual.....	263
3.3.4.5. A preocupação com a efetividade da tutela no caso de ação popular: a flexibilização da competência a favor do cidadão.....	267
3.3.4.6. A questão da competência para a ação de improbidade.....	271
3.3.5. A regra da estabilidade da demanda e a instrução da causa....	276
3.3.5.1. Incidência da inversão.....	276
3.3.5.2. Momento da inversão.....	278
3.3.5.3. O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos...	284
3.3.5.4. O incremento dos poderes instrutórios do juiz nas ações coletivas.....	285
3.3.5.5. Prova difícil (prova diabólica).....	287
3.3.5.6. Ônus econômico da prova e a questão de sua inversão.....	289
3.3.6. Estabilidade na fase decisória: princípio da congruência.....	291
3.3.6.1. Aspectos do princípio da congruência nas ações coletivas....	291
3.3.6.2. A questão particular da anulação de cláusulas contratuais de ofício no caso de relação de consumo.....	308
3.3.6.3. A declaração, de ofício, de nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de consumo. Pronúncia de ofício de incompetência relativa?.....	313
3.3.6.4. A natural instabilidade das sentenças determinativas.....	317
3.3.7. O reexame necessário e a regra da congruência.....	319
3.3.8. A relativização da coisa julgada.....	323
3.3.8.1. Relativização doutrinária da coisa julgada.....	323
3.3.8.2. Relativização legal da coisa julgada: a coisa julgada inconstitucional.....	326
3.3.8.3. Relativização na jurisprudência.....	331
3.3.8.3.1. Relativização em ação declaratória de nulidade prejudicial à execução contra a Fazenda Pública.....	332
3.3.8.3.2. Relativização em ação de investigação de paternidade baseada na possibilidade de alegação de nova causa de pedir.....	333
3.3.8.3.3. Relativização em ação de investigação de paternidade baseada no valor justiça.....	334
3.3.8.3.4. Relativização durante a execução.....	336
3.3.8.3.5. Eficácia vinculante da declaração de	

inconstitucionalidade que retira eficácia do título executivo judicial.....	338
3.3.8.4. Limites territoriais da coisa julgada.....	339
3.3.8.5. Limite temporal da coisa julgada.....	340
3.3.8.6. Incongruência subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas.....	340
3.4. Estabilidade na fase de liquidação.....	348
3.5. Estabilidade na fase executória.....	361
3.5.1. A atuação judicial de ofício e a relativização do princípio da demanda.....	362
3.5.2. O estabelecimento de um rol exemplificativo de medidas executivas.....	363
3.5.3. A busca do resultado prático equivalente como forma de flexibilizar a tutela executiva.....	365
3.5.4. A flexibilização da regra de competência para a fase executória.....	369
3.6. (In)Congruência na tutela de urgência.....	369
3.6.1. A flexibilização no momento de efetivar a tutela antecipada.....	375
3.6.2. Tutela de urgência e congruência.....	388
 Capítulo 4	
Conclusões.....	390
 Bibliografia.....	407

Introdução

O processo civil, na atualidade, pode ser dividido em dois grandes ramos: processo civil individual, regido fundamentalmente pelo Código de Processo Civil, e processo civil coletivo, cujas principais normas são a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). O processo coletivo poderá ser regido, em breve, por um Código de Processo Coletivo. O Anteprojeto já é discutido na comunidade científica.

O presente estudo, após constatar que há princípios comuns entre o processo individual e o coletivo, procura demonstrar que a incidência deles, todavia, não se dá da mesma forma.

É destacado o princípio da estabilidade da demanda, que não vem recebendo a devida atenção dos estudiosos e operadores do direito processual. A sua incidência determina que a relação processual, em todas as suas fases, desenvolva-se sem instabilidades que possam comprometer a efetividade da prestação jurisdicional.

A estabilidade da relação processual pode ser compreendida por diversos aspectos: do ponto de vista objetivo, o princípio da estabilidade da demanda exige a fixação da causa de pedir e do pedido após o saneamento do processo; em seu aspecto subjetivo, veda o ingresso de terceiros na relação processual quando houver comprometimento da celeridade e da efetividade. Além disso, há várias outras implicações: a mais importante se refere à regra da congruência, que proíbe ao juiz proferir sentença *ultra*, *extra* ou *citra petita*; na fase de liquidação, proíbe-se a rediscussão da causa; na fase executiva, determina a fidelidade ao título

executivo. Até a tutela de urgência é influenciada pelo princípio da estabilidade, pois o juiz só pode antecipar os efeitos da tutela relacionados ao pedido inicial.

Todavia, a estabilidade não pode se converter em dogma processual, devendo ser temperada por várias flexibilizações.

Só um sistema processual que compatibilize as vantagens da estabilidade com os benefícios decorrentes da flexibilização pode ser efetivo.

Justifica-se o estudo do princípio da estabilidade no âmbito da jurisdição coletiva, uma vez que a necessidade da tutela dos direitos transindividuais acabou por trazer uma série de transformações no processo civil, ainda não totalmente conhecidas.

As ações coletivas alcançaram o plano constitucional, sobretudo porque apresentam uma grande virtude, qual seja, a otimização da tutela jurisdicional, o que se dá, sobretudo, com a possibilidade de que a sentença proferida numa única ação possa ter sua eficácia estendida a uma série de pessoas.

Aliás, a extensão dos efeitos da coisa julgada a quem não foi parte da demanda, que caracteriza a jurisdição coletiva, já revela uma flagrante e necessária *instabilidade subjetiva*.

Portanto, o presente estudo traz reflexões sobre a incidência do princípio da estabilidade da demanda ao microssistema processual coletivo.

Afinal, o princípio da efetividade da tutela coletiva, que está consagrado no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, exige a compatibilização entre o princípio da estabilidade da demanda e a regra da congruência com certa flexibilização da tutela coletiva, o que constitui o tema central do presente estudo.

Pretendeu-se demonstrar que a adoção de um sistema processual mais flexível é compatível com as peculiaridades da jurisdição coletiva.

Como o tema não é tratado de forma profunda pela doutrina, foi necessária intensa pesquisa jurisprudencial. Privilegiou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por se tratar da Corte competente para a uniformização da aplicação do direito federal, isto é, da última instância sobre questões federais infraconstitucionais.

Ficaremos muito satisfeitos se o estudo for suficiente para provocar as necessárias críticas, especialmente sobre o princípio da estabilidade da demanda, sobre a regra da congruência, bem como sobre as flexibilizações ocorridas na prática forense.

Capítulo 1

Princípio da estabilidade da demanda

1.1. Processo civil e princípios fundamentais

O processo civil, assim como outros ramos do direito, encontra seu fundamento na Constituição Federal, que elenca uma série de princípios fundamentais relacionados ao processo e ao procedimento. São os denominados *princípios políticos*, assim denominados porque, ao contrário dos *princípios informativos*, são impregnados de conteúdo ideológico e referem-se a opções políticas e conflitantes.

Dentre os princípios, destaca-se o devido processo legal (*due process of law*), originário do direito inglês, mais especificamente da Magna Carta de 1215 que, em seu Capítulo 39, garantia a todo indivíduo o direito de ser julgado pela lei da terra (*law of the land*). Registre-se que a expressão *due process of law* é mais recente e derivada da expressão *law of the land*¹.

San Tiago Dantas² ensina sobre a doutrina do *due process of law*: “O Capítulo 39 da Magna Carta, relativo ao habeas corpus,

¹ Como explica San Tiago Dantas (“Igualdade perante a lei e *due process of Law*”, in *Problemas de direito positivo*, Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 42.43.), “a expressão *due process of law* é, como têm repetido os tribunais em inúmeros casos, rigorosamente equivalente à expressão *law of the land*, que lhe serve de antecedente histórico. Ambas, no seu sentido originário, designavam garantias processuais; e sofreram, pelo processo de inclusão e exclusão, típico da jurisprudência anglo-americana, uma ampliação de sentido, até se converterem numa limitação constitucional dos poderes do Estado”.

² Igualdade, in *Problemas*, cit., p. 41-42.

garantia a todo indivíduo o direito de ser julgado *per legem terrae* – expressão que passou a várias Constituições estaduais americanas (*law of the land*; cf. art. 13 da Constituição de Massachusetts). Na Inglaterra, como nos Estados Unidos, a expressão serviu de base à construção de uma jurisprudência de proteção aos direitos do indivíduo, especialmente em matéria de garantias processuais, os tribunais repelindo os estatutos judiciais que lhes pareciam ferir os princípios inerentes ao *common law*. Posteriormente, alargou-se o âmbito da doutrina, e, em lugar de uma garantia em face do juízo, a cláusula passou a assegurar uma igualdade de tratamento por qualquer autoridade, sem jamais se chegar, porém, na Grã-Bretanha, a considerar submetido a ela o próprio Parlamento. Em 1791, foi emendada a Constituição dos Estados Unidos (5ª Emenda), e, entre as proibições incidentes sobre o Governo Federal, declarou-se que ‘ninguém será privado da vida, da liberdade ou da propriedade *without due process of law*’. A mesma interdição foi estendida aos Estados pela 14ª Emenda (1880), onde também, pela primeira vez, se introduziu o princípio da *equal protection of the law*, que completa e precisa o *due process of law*, sem lograr, mesmo na esfera estadual, a que se limita, igual extensão e sentido”.

O princípio do devido processo legal tem como grande característica o fato de limitar os poderes do estado. Sua origem histórica está relacionada à limitação do poder absoluto do monarca, por força da exigência dos súditos, o que o torna um documento considerado antecessor das constituições modernas, sobretudo por se tratar de um documento escrito que garante direitos individuais ao restringir os poderes do detentor do poder.

Vale destacar que a Suprema Corte Americana utiliza o princípio como uma cláusula geral de controle de constitucionalidade das leis, do ponto de vista formal e material, permitindo o controle dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo, o que revela sua utilização, no direito americano, não apenas como um princípio processual. Fala-se, assim, no devido processo legal substancial e processual.

Em sua perspectiva processual, o princípio garante um processo justo e adequado, permitindo a composição da lide com justiça, sendo considerado o principal princípio processual, do qual os demais princípios são derivados.

São extremamente válidas as enumerações de conteúdo do devido processo legal feitas pela doutrina, mas é verdade incontestável que o rol de garantias fundamentais é sempre exemplificativo, tanto que essa condição é expressamente referida pelo § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

De qualquer forma, há um núcleo de princípios que já foi reconhecido pelo próprio texto constitucional, pela doutrina, pela jurisprudência e pelos operadores do direito, constituindo-se no que pode ser chamado de “conteúdo mínimo do devido processo legal”.

Registre-se, por exemplo, que a justa composição do litígio pressupõe a observância do princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV), de tal forma que uma decisão judicial só é legítima, em regra, se o julgador permitiu a prévia manifestação e participação das partes na formação do ato decisório.

Como já registramos anteriormente³, “a partir do momento em que se toma consciência da impossibilidade de se extrair um único sentido válido das normas jurídicas, o princípio do contraditório passa a ser um dos mais importantes princípios processuais, por estar intimamente ligado à legitimidade das decisões judiciais”.

Também não será legítima a decisão judicial lançada em processo que não garantiu às partes a ampla defesa (CF, art. 5º, LV), isto é, uma ampla utilização dos meios e dos recursos previstos na legislação.

Para o estudo que desenvolvemos no presente, importante o estudo dos princípios da estabilidade da demanda e da congruência, além do princípio dispositivo, o que faremos em tópicos específicos, abaixo.

Antes, porém, é nosso dever ressaltar o caráter normativo dos princípios.

1.1.1. O caráter normativo dos princípios

Uma das mais importantes evoluções da ciência jurídica foi a constatação da eficácia normativa e do caráter vinculativo dos princípios.

Até há pouco tempo a doutrina e os operadores do direito relegavam o estudo dos princípios a um plano puramente axiológico. Demorou a constatação da eficácia normativa, com a conseqüente vinculação do aplicador do direito ao seu enunciado e às suas conseqüências.

³ *Curso de processo civil*, São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 14.

Na atualidade não pode haver dúvida: os princípios e as regras são espécies de normas, com efeito vinculante e aplicabilidade na solução de casos concretos. O destinatário do princípio não é apenas o legislador, mas também o aplicador do direito.

Infelizmente a aceitação do caráter normativo dos princípios demorou e se fundamentou na equivocada idéia de que eram enunciados destituídos de imperatividade e que veiculavam meras orientações axiológicas.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁴ são categóricos ao afirmar que “a falta de efetividade das sucessivas Constituições Brasileiras decorreu do não-reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí por que as Cartas Brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração”.

Observam os citados autores⁵ que, “na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram que conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna

⁴ “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, in *Interpretação constitucional*, org. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 272.

⁵ O começo da história, cit., p. 279.

avaliza o entendimento de que as normas em geral – e as normas constitucionais em particular – enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras”.

Para eles⁶, “a Constituição de 1988 foi o marco-zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história (...). E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam”.

Portanto, temos que registrar que as normas podem ser divididas em duas espécies: regras e princípios.

Willis Santiago Guerra Filho⁷ distingue as mencionadas espécies: “Tem-se salientado bastante ultimamente a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como regras e aquelas que assumem a forma de um princípio. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou ‘tipificação’) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como ‘fato permitido’). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraíndo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado

⁶ O começo da história, cit., p. 273.

⁷ *Teoria processual da constituição*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 17.

valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente dotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si”.

A consciência de que os princípios têm eficácia, de que são plenamente aplicáveis de que têm caráter normativo, é fundamental para que não seja retirada a sua necessária e devida eficácia.

1.2. Princípio dispositivo

O processo civil sofre a influência do princípio dispositivo, assim como também sofre do princípio que lhe é oposto, o princípio inquisitivo.

Na verdade, nos sistemas processuais contemporâneos os dois princípios fincaram sua influência, embora apontando soluções opostas para os mesmos problemas.

Enquanto a inquisitorialidade reclama o máximo de liberdade ao magistrado para o início e a condução do processo, o princípio dispositivo procura condicioná-lo, desde a sua formação até a sua conclusão, à iniciativa das partes interessadas.

Uma das maiores divergências entre eles está no capítulo probatório. O inquisitivo reclama a presença de um juiz ativo, com amplo poder de iniciativa probatória. A sua antítese, representada pelo dispositivo, afirma que o papel do juiz é passivo, sob pena de quebra da sua imprescindível imparcialidade.

O princípio inquisitivo prevalece nos sistemas socialistas, enquanto que o dispositivo habita os sistemas liberais.

O embate entre as idéias, decorrente da dialética da vida, levou os sistemas processuais contemporâneos à adoção de um sistema influenciado por ambos, pois a tese, em confronto à antítese, levou à síntese atual.

Como observa Humberto Theodoro Júnior⁸, "modernamente, nenhum dos dois princípios merece mais a consagração dos Códigos, em sua pureza clássica. Hoje as legislações processuais são mistas e apresentam preceitos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva.

Se o interesse em conflito é das partes, podem elas renunciar a sua tutela, como podem renunciar a qualquer direito patrimonial privado. Daí a liberdade de procurar ou não a prestação jurisdicional. Mas, uma vez deduzida a pretensão em juízo, já existe outro interesse que passa a ser de natureza pública e que consiste na preocupação da justa composição do litígio, segundo o direito material vigente, dentro do menor tempo possível. Não pode o Estado permitir a eternização dos processos, porque *justiça tardia é justiça desmoralizada*".

Um dispositivo legal que consagra expressamente o princípio dispositivo está no artigo 2º do Código de Processo Civil, que condiciona a formação, a instauração do processo à iniciativa do interessado em obter a prestação jurisdicional: *Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais*.

⁸ *Curso de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 1, p. 26.

Assim, a formação do processo civil brasileiro é subordinada à iniciativa da parte.

O temperamento da regra está no art. 262 do mesmo estatuto, que dá à regra anterior o toque inquisitorial: *O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.*

O estudo da teoria geral da prova também revela a dúplici influência: cabe às partes a iniciativa probatória, mas ao juiz é conferido, dentre outros pelo art. 130 do CPC, o poder de determinar a produção de provas de ofício: *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

Marcelo Abelha Rodrigues⁹ também afirma que o princípio da inércia da jurisdição, consagrado no art. 2º do CPC, é decorrência do princípio dispositivo: “O princípio da livre iniciativa está diretamente relacionado com um princípio inerente à jurisdição, que é o princípio da inércia. Existente à época do direito romano, tal princípio debruça-se na máxima *nemo iudex sine actore*. Expressa-se literalmente no art. 2º do CPC, quando o mesmo diz que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando provocado. Decorrência lógica deste princípio é o dispositivo. Ora, se a relação jurídica processual é permeada por normas dispositivas e normas de ordem pública, temos que o juiz não poderá agir de ofício, senão quando se tratar destas últimas normas, existindo previsão expressa na lei que pode o juiz agir de tal forma. Assim, não pode o juiz oferecer exceção de incompetência relativa, posto que trata-se de norma dispositiva,

⁹ *Elementos de direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 57.

atuando o juiz só quando provocado. Ao contrário, as normas de ordem pública não só podem como devem ser pronunciadas pelo juiz, já que interessam à ordem pública. São regidas, portanto, pelo princípio inquisitivo. É o que determinam os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC”.

O princípio dispositivo também tem sofrido o temperamento decorrente da constante ampliação dos poderes do juiz pelos novos textos legais.

Para nos fincarmos na atualidade, podemos constatar que a Constituição Federal de 1988 e o recente Código Civil brasileiro ampliaram sensivelmente os poderes do juiz.

A principal técnica é a consagração, tanto no texto constitucional como na legislação ordinária, de princípios, o que dá mais liberdade ao julgador para a solução do caso concreto.

A Constituição Federal determina que o Estado Democrático tenha por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV).

O art. 421 do Código Civil, inaugurando o título reservado aos contratos, logo enuncia um princípio basilar: *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

Outros vários princípios adotados expressamente pelo Código Civil podem ser citados.

Um dos mais importantes é o princípio da boa-fé objetiva, expresso em diversos dispositivos do Código Civil. O art. 113, a título de ilustração, dispõe que *os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.* O art. 422 se refere aos princípios de probidade e boa-fé, aplicados aos contratos.

A verdade é que o princípio dispositivo, embora temperado pelo princípio oposto e pela constante ampliação dos poderes do juiz, encontra-se consagrado no processo civil brasileiro.

Maria Elizabeth de Castro Lopes¹⁰ estudou o tema e chegou às seguintes conclusões: "(a) o princípio dispositivo não foi abolido de nosso processo civil e continua em vigor, ainda que com nova roupagem, da mesma forma que ocorre em outros países como Itália, Espanha e Portugal; (b) a concessão de poderes instrutórios ao juiz não o converte em investigador ou pesquisador de provas, porque seu papel no processo não é esse. E a atual estrutura do Poder judiciário torna fantasiosa a proposta de conceder ao juiz essa função; (c) a utilização ilimitada e indiscriminada do poder de iniciativa probatória pode comprometer a imparcialidade e o equilíbrio do juiz em virtude de seu envolvimento psicológico no conflito de interesses; (d) não se deve confundir, porém, o poder de iniciativa probatória, que deve ser moderado e equilibrado, com o poder de direção do processo e acompanhamento da produção das provas requeridas pelas partes, que ficam reservadas com exclusividade ao juiz; (e) o juiz não deve exercer função assistencial ou paternalista, uma vez que o processo tem fins próprios que não se confundem com os das entidades filantrópicas ou de benemerência; (f) mais importante do que a opção entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitório é a conscientização de que a atividade probatória deve ser regida pelo princípio da colaboração entre as partes e o juiz, uma vez que o processo não pertence nem àquelas, nem a este".

Como se vê, o princípio dispositivo continua a reger o processo civil.

¹⁰ *O juiz e o princípio dispositivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 117.

1.3. Princípio da estabilidade da demanda

A doutrina pouco tem ressaltado a importância do princípio da estabilidade da demanda, embora ele seja um dos que mais influencia a estrutura do processo civil brasileiro.

Milton Paulo de Carvalho¹¹ ressalta a importância da estabilização do processo, afirmando que ela tem duplo fundamento: “um particular, com efeitos privados, consistente na realização prática do princípio da lealdade processual, o qual consiste apenas na fidelidade à verdade, mas compreende a colocação clara e precisa dos fatos e dos fundamentos jurídicos por ambas as partes, de sorte que quem se defenda conheça integralmente a violação de direito que lhe é atribuída e os meios de prova para confirmar tal violação, e o que acuse conheça os meios articulados pela defesa, bem assim a prova respectiva, e modo a não se surpreender, nem um, nem outro, com alegações novas de fatos ou indicação de provas imprevistas”. Vicente Greco Filho¹² traz o outro fundamento: “O fundamento da estabilização do processo quanto ao pedido, causa de pedir, partes e ao próprio juízo, assim que completa a relação processual pela citação, é o interesse público da boa administração da justiça, que deve responder de maneira certa e definitiva à provocação consistente no pedido do autor. Um sistema legislativo que permitisse livremente a alteração dos elementos da ação geraria instabilidade na prestação jurisdicional e, conseqüentemente, nas relações jurídicas em geral”.

¹¹ *Do pedido no processo civil*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992, p. 122.

¹² *Direito processual civil brasileiro*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 62.

Milton Paulo de Carvalho¹³ ainda adverte que “a estabilização do processo compreende a fixação dos sujeitos, quais o juízo competente, o autor e o réu, seus eventuais litisconsortes e os terceiros cuja intervenção é admitida na forma da lei; e compreende a fixação do seu *objeto* (...). Quanto a este, composto pelo pedido aqui integrado pelos fundamentos de fato”.

O momento da estabilização é o da citação, pois, conforme Milton Paulo de Carvalho¹⁴, “é o *petitum* o que constitui objeto do juízo, pois a defesa do réu pode ampliar a matéria lógica a ser examinada pelo juiz, mas não altera os contornos daquele objeto”.

Por isso, vamos procurar ressaltar as aplicações desse princípio ao processo.

Antes, porém, valendo-se da concepção de que o processo tem natureza de uma relação jurídica própria e específica, o que foi constatado após os estudos de Oskar Von Büllow, vamos partir da formação da relação jurídica processual.

1.3.1. A relação jurídica processual: a demanda posta em juízo

A relação jurídica processual, isto é, a demanda posta em juízo, começa a se delinear após a iniciativa da parte que, formulando sua pretensão, endereça uma petição inicial ao juízo que entende seja competente para julgá-la.

Segue-se a distribuição, isto é, o ato de encaminhar a inicial a um órgão jurisdicional específico para a realização do imprescindível juízo de admissibilidade.

¹³ Do pedido, cit., p. 122.

¹⁴ Do pedido, cit., p. 122.

Verificada a aptidão da inicial, com breve análise das condições de admissibilidade do exame do mérito (pressupostos processuais e condições da ação), a inicial será despachada, com a determinação para que seja citado o réu.

Consigne-se que o despacho inicial revela o início da formação da relação jurídica processual, que ainda está incompleta, pois dela participam apenas autor e o juiz.

A citação irá constituir a relação processual em sua plenitude, sendo certo que o art. 219 do Código de Processo Civil consigna que esse ato *induz litispendência*.

Integrada pelo réu e, portanto, *angularizada* na expressão da doutrina, a relação processual poderá marchar rumo ao seu fim. Porém, para que haja a composição da lide com justiça, é imprescindível a observância de vários outros princípios. Por exemplo, durante o *iter processual* o juiz deverá garantir a dialeticidade e a ampla defesa.

Como o presente trabalho procura analisar o princípio da estabilidade da demanda, vamos priorizar o seu estudo.

1.3.2. A necessidade de se garantir a estabilidade da demanda posta em juízo para que seja congruente a sentença

Formada a relação jurídica processual com a citação válida, estabelece o art. 264 do CPC que o autor não mais poderá alterar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento daquele.

O parágrafo único do art. 264 ainda dispõe que: *A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.*

Milton Paulo de Carvalho¹⁵ adverte que a regra da estabilidade deve ser interpretada com algumas atenuações: a adição ou mudança de pedidos é proibida desde que impliquem em mudança do fato constitutivo do direito do autor; alterações devem ser permitidas, desde que sem mudança substancial da ação e da causa.

A jurisprudência realmente vem afirmando a importância de se distinguir os fatos essenciais da ação dos fatos secundários, a fim de que possa ser mais bem compreendida a regra da estabilidade da demanda.

No julgamento do recurso especial n. 702.739/PB¹⁶, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, foi muito bem destacada a distinção que deve ser feita entre os fatos principais e os fatos secundários: “Os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo e que constituem a causa de pedir são exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão; isto é, aqueles que são carregados de efeito pelo ordenamento jurídico. Os fatos essenciais (também denominados de fato jurígeno ou principal) são particularizados por determinados acontecimentos produzidos pela dinâmica social (fatos simples ou secundários), dos quais é possível extrair uma consequência jurídica”.

Por isso que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não há alteração na causa de pedir quando são acrescentados, no curso do processo, fatos secundários.

¹⁵ *Do pedido*, cit., p. 122.

¹⁶ STJ, 3ª Turma. Data do Julgamento: 19/09/2006. Publicação: DJ do dia 02.10.2006, p. 266.

Nesse sentido a conclusão da Quarta Turma do STJ, ao julgar o recurso especial n. 55.083/SP¹⁷, em acórdão do qual foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. INOCORRÊNCIA. NÃO-EXPLICAÇÃO SATISFATÓRIA NA INICIAL. NARRATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS ACIDENTAIS. RECURSO DESACOLHIDO.

A NARRATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS ACIDENTAIS FEITA APÓS A CONTESTAÇÃO COM O INTUITO DE ESCLARECER A PETIÇÃO INICIAL, SEM MODIFICAÇÃO DOS FATOS E DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DELINEADOS NA PEÇA DE INGRESSO, NÃO IMPORTA EM ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR”.

No mesmo sentido, mas com outra terminologia, pronunciou-se a Terceira Turma do STJ, ao julgar o recurso especial n. 41.163/SP¹⁸, do qual foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro:

“SENTENÇA - VINCULAÇÃO À CAUSA DE PEDIR.

A CONFORMIDADE DA SENTENÇA COM LIBELO SIGNIFICA QUE NÃO PODEM SER CONSIDERADOS FUNDAMENTOS ALI NÃO APRESENTADOS. NÃO IMPORTA PROIBIÇÃO DE QUE SE TENHAM EM CONTA OS CHAMADOS FATOS SIMPLES, QUE POR SI NÃO

¹⁷ Julgamento: 20/05/1997. Publicação: DJ do dia 04.08.1997, p. 34.775.

¹⁸ Julgamento: 07/02/1995. Publicação: DJ do dia 03.04.1995, p. 8.128.

SERVEM DE BASE AO PEDIDO, MAS APENAS REFORÇAM OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEDUZIDOS”.

Também no julgamento do recurso especial n. 202.079/SP¹⁹, o STJ, pela Terceira Turma, em acórdão da lavra do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, consignou que “a simples explicitação dos fundamentos da ação não constitui alteração da causa de pedir”.

Pequenas alterações também têm sido admitidas do ponto de vista subjetivo. Com efeito, no julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança n. 17.889/RS²⁰, a Primeira Turma do STJ, em acórdão do qual foi relator o Ministro Luiz Fux, destacou-se a possibilidade de alterações subjetivas na ação de mandado de segurança. Confira-se o seguinte trecho do acórdão:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. DEFICIÊNCIA SANÁVEL. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE SERVIDORES ESTADUAIS INATIVOS. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO. AUTORIDADE QUE DEFENDEU O MÉRITO DO ATO IMPUGNADO. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.

1. A essência constitucional do Mandado de Segurança, como singular garantia, admite que o juiz,

¹⁹ Julgamento ocorrido no dia 28/05/2002 e publicado no DJ do dia 24.06.2002, p. 295.

²⁰ Julgamento ocorrido no dia 07/12/2004 e publicado no DJ do dia 28.02.2005, p. 187.

nas hipóteses de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o *writ* cumpra efetivamente seu escopo maior.

2. *Não viola os artigos 1º e 6º da Lei n. 1.533/51 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental.* REsp n. 34317/PR.

3. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade.

Conseqüentemente, o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.

4. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade *ad causam* passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público;

porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação,

5. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, *a priori*, aparência de propositura correta.

6. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a *legitimatío ad causam* passiva.

7. Precedentes da Corte: AGA 538820/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12/04/2004; RESP 574981/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 25/02/2004; ROMS 15262/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 02/02/2004; AIMS 4993/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 19/02/2001”.

Milton Paulo de Carvalho²¹ admite, com razão, a alteração mesmo depois da intimação das partes do despacho saneador, excepcionando, pois, a regra do parágrafo único do art. 264 do CPC. Oportuna a transcrição de suas lições: “Não são admissíveis alterações do pedido e da causa de pedir. *Em nenhuma hipótese*, põe como *regra* o parágrafo único do art. 264 do Código.

Todavia, podem indicar-se as seguintes exceções:

²¹ *Do pedido*, cit., p. 144-145.

(a) a *redução* do pedido ou da causa de pedir admite-se no curso da ação, com ou sem a concordância do réu;

(b) a *redução* do pedido ou da causa de pedir pode resultar de ato unilateral do autor ou de convenção das partes até mesmo depois de proferida a sentença definitiva, nos casos apontados por Barbosa Moreira, de desistência parcial; renúncia parcial ao direito postulado; interposição pelo autor, de recurso parcial contra a decisão de mérito (hipóteses de redução por iniciativa do autor); e de compromisso relativo a parte do objeto do litígio e transação parcial (casos de redução convencional);

(c) a *modificação* e mesmo a *ampliação* do pedido e da causa de pedir têm sido sugeridas com fundamento na função social do processo, a qual tem como uma das suas aplicações práticas atribuir ao juiz um papel mais *ativo*, eis que *convocado a suprir, em certa medida, as falhas da atuação dos litigantes*".

Portanto, a regra da proibição da introdução de fatos novos não é absoluta. De qualquer forma, a regra imposta pelo Código de Processo Civil é no sentido de que a marcha da demanda seja feita com estabilidade.

No caso, destacou-se a estabilidade objetiva, isto é, aquela relacionada à causa de pedir e ao pedido.

A jurisprudência já consagrou o princípio da estabilidade da lide. No julgamento do agravo regimental nos embargos de divergência no recurso especial n. 657.230/MG²², em que relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, a Primeira Seção do STJ afirmou que "proposta a ação na vigência da Lei 9.430/96, inadmissível o julgamento da causa à luz do direito superveniente

²² Julgamento ocorrido no dia 23/11/2005 e publicado no DJ do dia 01.02.2006, p. 421.

(Lei 10.637/02), em face do princípio da estabilização da lide, que impede a modificação do pedido ou da causa de pedir sem anuência do réu e após o saneamento do processo”.

O pedido e a causa de pedir, então, fixam o alcance da decisão judicial, pois esta deverá ater-se ao pedido (princípio da congruência).

Do ponto de vista subjetivo também deverá ser garantida a estabilidade da demanda. Tal ocorre com a inalterabilidade dos sujeitos da relação processual.

Como se sabe, as partes deverão manter-se as mesmas até o término do processo, salvo quando ocorrer alguma situação prevista em lei que permita a alteração.

Isso ocorre, por exemplo, no caso da lei permitir uma sucessão processual ou o ingresso de terceiros (intervenção de terceiros). A sucessão processual decorre, por exemplo, no caso de falecimento, que constitui causa obrigatória de substituição da parte por seu espólio ou seus sucessores (CPC, art. 12, V, e § 1º).

Ensina Vicente Greco Filho²³ que “o fundamento da estabilização do processo quanto ao pedido, causa de pedir, partes e ao próprio juízo assim que completa a relação processual pela citação é o interesse público da boa administração da justiça, que deve responder de maneira certa e definida à provocação consistente no pedido do autor”.

A estabilização subjetiva do processo também encontra amparo nos tribunais.

²³ *Direito processual civil brasileiro*, 10ª ed, São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2, p. 57.

Ao julgar o recurso especial n. 435.580/RJ²⁴, a Segunda Turma do STJ, em acórdão do qual foi relator o Ministro João Otávio de Noronha, expressamente se referiu à estabilização subjetiva:

“PROCESSUAL CIVIL. ALTERAÇÃO DO PÓLO PASSIVO APÓS CITAÇÃO E CONTESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESTABILIZAÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO.

1. Feita a citação, nos termos do art. 264 do CPC, “é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas em lei”.

2. Da citação decorre a estabilização do processo, não sendo, dessa forma, permitida a alteração das partes litigantes, salvo nos casos expressamente permitidos em lei”.

A estabilização também atinge o juízo que, em regra, não pode ser alterado depois da propositura da ação. Com efeito, estabelece o art. 87 do CPC que, determinada a competência no momento em que a ação é proposta, *são irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.*

²⁴ Julgamento ocorrido no dia 03/08/2006. Data da Publicação: DJ do dia 18.08.2006, p. 362.

Trata-se da regra da *perpetuatio jurisdictionis*, que só pode ceder diante de alterações que suprimirem o órgão jurisdicional ou, então, que trouxerem novas regras de competência absoluta.

Outras alterações de competência do juízo são reguladas pela lei, sempre como exceções.

Vale lembrar que as *modificações da competência* estão previstas a partir do art. 102 do CPC. Todas elas, porém, calcadas em razões de ordem pública. A prevenção do juízo procura evitar decisões contraditórias. Da mesma forma a reunião de causas em razão da conexão objetiva prevista pelo art. 103 do CPC.

A estabilidade da demanda não deve ser vista apenas pela perspectiva do autor ou do juízo.

Também o réu é atingido por normas que procuram assegurar a estabilidade da demanda posta em juízo.

Deve-se lembrar que o réu deve alegar toda a matéria de defesa na contestação, o que permite a fixação, em momento processual que antecede a produção das provas, das questões (pontos controvertidos) que serão objeto da prova e da decisão judicial, garantindo-se às partes oportunidades de debater essas questões, realizando-se o contraditório e permitindo-se uma ampla defesa.

As regras relacionadas à estabilidade são técnicas e éticas. Porém, não são absolutas.

Como já tivemos oportunidade de consignar²⁵, como o mundo das relações jurídicas é um mundo dinâmico, assim como excessivamente dinâmicas têm sido as alterações legislativas, o art. 303, I, do CPC abre exceção à regra da estabilidade,

²⁵ *Curso*, cit., vol. 1, p. 266.

permitindo novas alegações quando relativas a direito superveniente: há um exemplo atual que demonstra a conveniência de se abrir a exceção ora comentada. Pense, por exemplo, nas enormes implicações da entrada em vigor do novo Código Civil nas relações jurídicas que se iniciaram à luz do Código Civil anterior.

A exceção também está em consonância com o que estabelece o art. 462 do CPC: se, depois da propositura da ação algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Fato superveniente, em sentido estrito, é fato inexistente no momento da propositura da ação, como foi frisado no julgamento do recurso especial n. 733.667/PI²⁶, do qual foi relatora a Ministra Laurita Vaz, da Quinta Turma do STJ: “O fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito, superveniente à propositura da ação deve ser levado em consideração, de ofício ou a requerimento das partes, pelo julgador, uma vez que a lide deve ser composta como ela se apresenta no momento da entrega da prestação jurisdicional”.

Registre-se, aliás, que o fato superveniente, mencionado no art. 462 do CPC, “deve ser considerado pelo julgador, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado (CPC, art. 462), inclusive no âmbito do STJ”, conforme se reconheceu no julgamento do recurso especial n. 614.771/DF²⁷, do qual foi relatora a Ministra Denise Arruda, da 1ª Turma do STJ.

²⁶ Julgamento: 06/12/2005. Publicação: DJ do dia 01.02.2006, p. 598.

²⁷ Julgamento: 13/12/2005. Publicação: DJ do dia 01.02.2006, p. 438.

Todavia, doutrina e jurisprudência têm interpretado o art. 462 de forma mais elástica, para incluir o fato conhecido de forma superveniente.

Ilustra a questão o julgamento do recurso especial n. 926.721/RJ²⁸, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do STJ. No caso, discutiu-se a possibilidade de oitiva de testemunha após ser prolatada a sentença, sob o argumento de que a parte soube posteriormente de que o fato constitutivo do direito tinha sido presenciado por mais uma pessoa. Merece destaque o seguinte trecho do acórdão: “A descoberta, pela parte, de uma nova testemunha por ela desconhecida por ocasião da instrução do feito não pode ser caracterizado fato superveniente, em sentido estrito. Não obstante, é possível qualificá-lo, na esteira de autorizada doutrina, como *fato de conhecimento superveniente*, que justificaria, em princípio, a aplicação da regra do art. 462 do CPC”.

Importante observar que, em qualquer caso, deve ser respeitado o contraditório.

Essa advertência foi feita no julgamento dos embargos de declaração no recurso especial n. 222.312/RJ²⁹: “A aplicação do artigo 462 do Código de Processo Civil só é possível, se observados os limites impostos no artigo 128 do mesmo diploma legal; o fato novo estranho à *causa petendi* exige contraditório regular em outra ação”. Além disso, “o artigo 462 do Código de Processo Civil só incide se o fato novo é, por si, suficiente para o desate da causa; se há necessidade de considerá-lo à luz de contraditório amplo,

²⁸ Julgamento ocorrido no dia 19/02/2008. Publicação: DJ do dia 05.03.2008, p. 1.

²⁹ STJ, 3ª Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. Julgamento: 09/05/2000. Publicação: DJ do dia 12.06.2000, p. 108.

fora dos limites em que a ação foi proposta, ele só poderá ser valorizado em outra demanda, que o inclua na *causa petendi*³⁰”.

O art. 303, II, do CPC, também permite que sejam consideradas as questões passíveis de conhecimento de ofício: podem ser conhecidas de ofício pelo juiz as questões de ordem pública (objeções processuais): pressupostos processuais e condições da ação. O art. 301, § 4º, e o art. 267, § 3º, ambos do CPC, expressamente se referem às questões que podem ser verificadas de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição.

No julgamento do recurso especial n. 138.216/SP³¹, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de ser pronunciada, de ofício, a ilegitimidade *ad causam*, uma vez que se trata de objeção processual:

“PROCESSUAL CIVIL E LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. CARÊNCIA DA AÇÃO. ILEGITIMIDADE DA PARTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. SUBLOCATÁRIO. PARTE ILEGÍTIMA.

- Não ocorre julgamento *extra petita* na hipótese em que o Tribunal de origem, antes de proferida a decisão de mérito, reconhece, de ofício, a ilegitimidade passiva *ad causam* e decreta a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

³⁰ Recurso especial n. 222.312/RJ. 3ª Turma do STJ. Relator Ministro Ari Pargendler. Julgamento: 16/09/1999. Publicação: DJ do dia 03.04.2000, p. 147.

³¹ Relator Ministro Vicente Leal. Julgamento ocorrido no dia 28/06/2001 e publicado no DJ do dia 20.08.2001, p. 543.

- O sublocatário não é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de despejo, de vez que inexistente relação jurídica entre ele o locador.

- Recurso especial não conhecido”.

Por sua vez, o inciso III do artigo 303 se refere à possibilidade de consideração das questões que, por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo: é sempre citado o exemplo da prescrição, que pode ser alegada a qualquer momento. Com efeito, o art. 193 do Código Civil em vigor estabelece que a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

Também importante verificar que a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem sido sensível à necessidade de se considerar, no momento do julgamento, a ocorrência de fato superveniente, a fim de que a decisão judicial seja compatível à realidade.

Nesse sentido o acórdão proferido no julgamento do recurso especial n. 434.797/MS, em que foi relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar³²:

“FATO SUPERVENIENTE. Apelação. Embargos de declaração.

O fato novo ocorrido depois da apelação, mas levado ao conhecimento do Tribunal por tempestivos embargos declaratórios, versando sobre o

³² Julgamento ocorrido no dia 26/11/2002 e publicado no DJ do dia 10.02.2003, p. 221.

desaparecimento de condição da ação, pode ser considerado pela Câmara. Art. 462 do CPC.

Recurso conhecido e provido”.

Oportuna, ainda, a transcrição da seguinte parte do julgado:

“A regra do art. 462 do CPC procura garantir decida o juiz de acordo com a realidade dos fatos, mediante os quais será aplicada a sentença. Se fatos novos surgirem, devem ser levados em consideração, em qualquer grau de jurisdição, pois do seu desprezo poderá sobrevir decisão desajustada e incompatível com a nova realidade.

Portanto, ocorrendo um fato novo, ainda que depois do julgamento da apelação, e se ele for levado ao conhecimento do Tribunal em tempestivos embargos declaratórios, isto é, antes de esgotada a prestação jurisdicional, versando sobre o desaparecimento de condição da ação, tenho como adequado seja tal fato considerado quando da apreciação dos aclaratórios. A apontada contrariedade aos fatos não existia na ocasião do julgamento do apelo, mas passou a existir depois, antes do seu trânsito em julgado, e cabe cogitar da eficácia do fato superveniente para a pretendida extinção do processo.

Cito o precedente:

‘... A questão de ordem pública deve ser conhecida e resolvida de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária.

Portanto, em virtude do princípio inquisitório, podem ser suscitadas e apreciadas até mesmo em embargos de declaração...’ (REsp. nº 397876/MS, 3ª Turma, rel. o em. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 10/06/2002).

‘Ocorrendo fato superveniente, no curso da ação, posterior a sentença, que possa influir na solução da lide, cumpre ao Tribunal tomá-lo em consideração ao decidir a apelação. A regra do *ius superveniens* dirige-se, também, ao juízo de segundo grau, uma vez que deve a tutela jurisdicional compor a lide como esta se apresenta no momento da entrega (art. 460, do CPC)’ (REsp. nº 75003/RJ, 3ª Turma, rel. o em. Min. Waldemar Zveiter, DJ 10/06/96)”.

Milton Paulo de Carvalho³³ bem observa que “o princípio assente é o de que a sentença deve incidir sobre o estado de fato da causa no momento da decisão, devendo considerar-se os fatos que intercorreram na pendência do processo e possam influir para o acolhimento ou a rejeição do seu objeto”.

O princípio da estabilidade da demanda, portanto, tem diferentes desdobramentos e, podemos dizer desde já, são eles que vão garantir a congruência da sentença, outra exigência do processo civil, que está expressa no art. 460 do Código de Processo

³³ *Do pedido*, cit., p. 132.

Civil: *É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*

1.3.2.1. A proibição de sentença condicional

A preocupação com a estabilidade da demanda é tanta, que o parágrafo único do art. 460 do CPC também proíbe a sentença condicional: *A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.*

E os tribunais vêm proclamando a nulidade da sentença condicional.

Com efeito, a primeira Turma do STJ, recentemente, ao julgar o recurso especial n. 969.472/PR³⁴, do qual foi relator o Ministro Teori Albino Zavascki, decidiu pela nulidade da sentença condicional em ação de repetição de indébito tributário:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO DE LONDRINA. RESTITUIÇÃO. PROVA DO FATO CONSTITUTIVO (EFETIVAÇÃO DO PAGAMENTO INDEVIDO). INDISPENSABILIDADE.

1. Em ação de repetição de indébito tributário - em que os fatos da causa não comportam confissão por parte da Fazenda Pública (CPC, art. 351) e nem estão sujeitos aos efeitos da revelia (CPC, art. 320, II) -, o juízo de procedência supõe a comprovação, pelo autor

³⁴ Julgamento: 18/09/2007. Publicação: DJ do dia 08.10.2007, p. 242.

(CPC, art. 333, I), do fato constitutivo do direito, qual seja, o do recolhimento dos valores indevidos a serem restituídos. A sentença de procedência que delega à fase de liquidação a prova desse fato constitutivo é sentença condicional e, portanto, nula, pois fundada num pressuposto de fato cuja existência é incerta. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

2. Recurso especial provido”.

De forma peremptória, a Quinta Turma do STJ, ao julgar o agravo regimental no agravo de instrumento n. 867.932/SP³⁵, do qual foi relatora a Ministra Laurita Vaz, proclamou: “Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que a sentença que sujeita à procedência ou improcedência do pedido a acontecimento futuro e incerto é nula”. No mesmo sentido o acórdão proferido no agravo regimental no recurso especial n. 670.794/SC³⁶, em que foi relator o Ministro João Otávio de Noronha, da Segunda Turma do STJ: “Na nossa sistemática processual (art. 460, parágrafo único, do CPC), não pode haver decisão condicionada a evento futuro e incerto”.

Portanto, sem a garantia da estabilidade, o processo poderia demandar muito tempo e, ainda, não seria possível exigir-se congruência da decisão judicial.

Por isso, vamos analisar em separado alguns desdobramentos do princípio da estabilidade.

³⁵ Julgamento: 26/06/2007. Publicação: DJ do dia 06.08.2007, p. 672.

³⁶ Julgamento: 19/05/2005. Publicação: DJ do dia 06.02.2006, p. 252.

1.3.3. Estabilidade objetiva

Como se disse no item anterior, a estabilidade objetiva está relacionada ao pedido e à causa de pedir.

Ocorre que a ação pode ser decomposta em elementos identificadores, como aceita pacificamente a doutrina mundial do processo civil:

- a) subjetivos: as partes;
- b) objetivos: o pedido (objeto) e a causa de pedir.

Consagram os sistemas processuais, portanto, a teoria da tríplice identidade, teoria segundo a qual a ação possui três elementos identificadores.

O Código de Processo Civil brasileiro não é diferente e exige que a inicial faça menção expressa aos elementos identificadores, conforme art. 282, II (partes), III (causa de pedir) e IV (pedido).

A causa de pedir divide-se em próxima e remota. É expressa pela exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido. A exigência da indicação da causa de pedir próxima e remota decorre do fato de que o Código adotou a teoria da substanciação (teoria que se contrapõe à teoria da individuação, pela qual bastaria apenas a causa próxima).

Registre-se que não é pacífica a doutrina brasileira na conceituação da causa de pedir.

Para Nelson e Rosa Nery³⁷, os fundamentos de fato “compõem a causa de pedir próxima. É a ameaça ou a violação do direito (fatos) que caracteriza o interesse processual imediato, quer dizer, aquele que autoriza o autor a deduzir pedido em juízo. Daí

³⁷ *Código de Processo Civil comentado*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 775.

por que a causa de pedir próxima, imediata, é a violação do direito que se pretende proteger em juízo, isto é, os fundamentos de fato do pedido (...). Os fundamentos jurídicos compõem a causa de pedir remota. É o que, mediatamente, autoriza o pedido”.

De outro lado, Moacyr Amaral Santos³⁸ afirma que “se deve entender o requisito do n. III do art. 282: o fato (causa remota) e os fundamentos jurídicos do pedido (causa próxima)”.

Alexandre Alves Lazzarini³⁹ registra a divergência na doutrina sobre a questão terminológica. Segundo o autor, a doutrina majoritária (Frederico Marques, Araken de Assis, Greco Filho, Milton Paulo de Carvalho, Ernane Fidélis dos Santos, Humberto Theodoro, Olavo de Oliveira Neto, Marcato, Rogério Lauria Tucci) classifica os fatos como causa remota e os fundamentos jurídicos como causa próxima. Nelson Nery e Clito Fornaciari invertem a classificação, afirmando que a causa de pedir próxima é o fundamento de fato e a causa de pedir remota é o fundamento jurídico.

Entretanto, é pacífica na doutrina a idéia de que os fundamentos jurídicos do pedido não se confundem com os fundamentos legais, pois o que se exige na inicial é a exposição dos fatos e a menção das consequências jurídicas que advêm desses fatos.

Assim, ao juiz devem ser levados os fatos e pleiteadas determinadas consequências jurídicas (*da mihi factum, dabo tibi jus*), sendo dispensada a fundamentação legal em virtude da presunção de que o juiz conhece o direito (*iuria novit curia*).

³⁸ *Primeiras linhas de direito processual civil*, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 136.

³⁹ *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32.

O pedido, como se disse acima, costuma ser classificado pela doutrina em mediato e imediato (imediato: a providência jurisdicional solicitada na inicial. Por exemplo, o pedido de uma tutela jurisdicional condenatória; mediato: refere-se ao bem da vida pretendido, ou seja, o bem pretendido pelo autor).

A fim de garantir a congruência da sentença, dispõe o art. 286 do CPC que o pedido deve ser certo e determinado, sendo que a formulação de pedido genérico só é lícita:

I - nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados. É o que acontece, por exemplo, na ação de petição de herança;

II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito. Cite-se o exemplo de uma ação de reparação de danos materiais, em que não se pode, no momento da inicial, conhecer-se a extensão dos danos;

III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

Ao se referir às prestações periódicas contidas no pedido, o CPC prevê (art. 290) uma atenuação à regra da congruência: *Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.*

Trata-se de caso excepcional, em que o Código de Processo Civil considera o pedido como implícito, excepcionando-se a regra do art. 293, no sentido de que os pedidos são interpretados restritivamente.

A sentença, nessa hipótese, pode abranger as prestações vencidas e as que venham a vencer no decorrer da ação.

A estabilidade da demanda, na perspectiva objetiva, vem consagrada no parágrafo único do art. 264 do CPC: *A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.*

Assim, a estabilidade objetiva da demanda revela-se com a seguinte estrutura fundamental:

Até a citação o autor pode alterar o pedido. Após a citação, somente com a concordância do réu. Nesse caso é necessária a concessão de novo prazo para resposta. Após o saneamento, o pedido, em regra, não poderá ser alterado, ou seja, ampliado ou modificado.

O Superior Tribunal de Justiça tem sido rígido com a pretensão de incluir novo pedido após a citação. Assim se decidiu no julgamento do recurso especial n. 73.644/SP⁴⁰:

“PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO NÃO FEITO NA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE FAZÊ-LO A DESORAS (DEPOIS DA CITAÇÃO: ART. 294, CPC)”.

No mesmo sentido manifestou-se o STJ no julgamento do recurso especial n. 23.171/RJ⁴¹:

⁴⁰ 6ª Turma. Relator Ministro Adhemar Maciel. Julgamento: 12/12/1995. Publicação: DJ do dia 11.03.1996, p. 6.684.

⁴¹ Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. 1ª Turma. Julgamento: 01/12/1993. Publicação: DJ do dia 07.02.1994, p. 1.134.

“PROCESSUAL - MODIFICAÇÃO DO PEDIDO - VEDAÇÃO - CPC (ART. 294).

O ART. 294 DO CPC PROIBE QUE SE LEVEM EM CONTA, PEDIDOS OMITIDOS NO LIBELO E FORMULADOS POSTERIORMENTE”.

Vale registrar o pensamento de Barbosa Moreira⁴², no sentido de que “pode ocorrer a redução do pedido, nos seguintes casos:

- a) de desistência parcial;
- b) de renúncia parcial ao direito postulado;
- c) de transação parcial, na pendência do processo;
- d) de compromisso relativo a parte do objeto do litígio, na pendência do processo;
- e) da interposição, pelo autor, de recurso parcial contra a sentença de mérito desfavorável”.

A estabilidade da demanda, do ponto de vista objetivo, também é preservada no caso de revelia. Conforme estabelece o art. 321 do CPC, *ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze dias.*

Preocupou-se o legislador em não permitir que o autor venha se beneficiar da inferioridade processual do réu revel, a quem deve ser permitida nova possibilidade de resposta se o autor modificar o pedido ou a causa de pedir.

⁴² *O novo processo civil brasileiro*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 15.

Referida regra deve ser aplicada em consonância com o disposto no art. 264, parágrafo único, do CPC, segundo o qual as mencionadas alterações são vetadas, de forma absoluta, depois de saneado o processo.

Nos ritos sumarizados, que admitem pedido contraposto, a estabilidade é garantida com a exigência de que este só pode ser baseado nos mesmos fatos trazidos pelo autor na inicial⁴³.

A demanda posta em juízo, assim, não pode sofrer alterações em seus elementos objetivos: causa de pedir e pedido.

1.3.4. Estabilidade subjetiva

Também em seus elementos subjetivos (partes) a demanda não pode sofrer, em regra, alterações.

Na atualidade, o conceito de partes é dado por uma perspectiva puramente processual, tanto que são considerados partes aquele que pede e aquele em face de quem a tutela jurisdicional é pleiteada, sem qualquer referência ao direito material. Terceiro, de outra banda, é conceito obtido por exclusão, de tal forma que quem não é parte é terceiro.

Conforme doutrina Dinamarco⁴⁴, “terceiro é toda pessoa que não seja parte no processo, enquanto não o for. A intervenção do terceiro o faz parte desde o momento em que voluntariamente comparecer (intervenção voluntária) ou em que for citado (intervenção provocada: denúncia da lide, chamamento ao processo)”.

⁴³ Nesse sentido os arts. 278, § 1º, do CPC (*É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial*) e 31 da Lei n. 9.099/95 (*Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia*).

⁴⁴ *Litisconsórcio*, cit., p. 28.

A intervenção de terceiros, considerada como o ingresso em relação processual já instaurada de alguém que, até aquele momento, não é parte na relação processual, ocorre porque há provocação de uma das partes do processo (como no caso de denunciação da lide) ou porque o próprio terceiro solicita seu ingresso (como no caso da assistência).

Enfatizando a estabilidade da demanda, o CPC de 1973 proibiu a intervenção *jussu judicis* que era permitida pelo CPC de 1939. Assim, não é mais admitido o ingresso de alguém por ordem do juiz.

A estabilidade subjetiva também é garantida quando o ingresso de terceiro numa relação processual pendente é considerado excepcional. A estabilidade, nesse caso, decorre das implicações que a intervenção de um terceiro pode trazer à rápida solução do litígio. Lembre-se de que ela sempre propicia maiores dilações, em decorrência da necessária comunicação, a todos, dos atos processuais a serem realizados. Há incremento de prazos processuais, uma vez que pode incidir, por exemplo, o art. 191⁴⁵ do CPC.

Em várias oportunidades, a intervenção de terceiros é proibida ou restringida pelo legislador. Nos Juizados Especiais Cíveis é vedada totalmente a intervenção de terceiros; no Código de Defesa do Consumidor é vedada a denunciação da lide (art. 13), autorizando o chamamento ao processo no caso de contrato de seguro de responsabilidade; no procedimento sumário a intervenção de terceiros não é admitida, salvo a assistência, o

⁴⁵ Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro (após a redação dada pela Lei n. 10.444/2002).

O litisconsórcio ulterior é considerado exceção à regra da *perpetuatio legitimationis*.

A estabilidade subjetiva foi bem destacada no julgamento do recurso especial n. 774.802/SP⁴⁶, em que foi relator o Ministro José Delgado, a Primeira Turma do STJ: “A Lei Adjetiva Civil fixa, no preceito invocado do artigo 42, a estabilidade subjetiva da relação processual, apenas admitindo-se a alteração das partes, havendo a concordância da parte contrária à sucessão no processo. Não ocorrendo a anuência, permanece inalterada a relação processual subjetiva. O ingresso na lide de nova devedora não implica na aceitação tácita, pelo credor, de exclusão da devedora antiga”.

Também a Segunda Turma do STJ, em acórdão da lavra do Ministro Adhemar Maciel, no julgamento do recurso especial n. 151.877/PR⁴⁷, consagrou a regra da estabilização subjetiva:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.
ALTERAÇÃO DO PÓLO ATIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA
PROCESSUAL APÓS A CITAÇÃO VÁLIDA E A
CONTESTAÇÃO DO RÉU: IMPOSSIBILIDADE, EM
RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ESTABILIZAÇÃO
SUBJETIVA DO PROCESSO.

Por força do princípio da estabilização subjetiva do processo, prestigiado nos arts. 41 e 264 do CPC, feita a citação validamente, não é mais possível alterar

⁴⁶ Julgamento ocorrido no dia 17/11/2005. Publicação: DJ do dia 05.12.2005, p. 244.

⁴⁷ Julgamento: 08/10/1998. Publicação: DJ do dia 22.02.1999, p. 92.

a composição dos pólos da relação jurídica processual, salvo as substituições permitidas por lei”.

1.3.5. Estabilidade do juízo

A função jurisdicional é exercida pelo Estado, que a monopoliza. É exercida por um poder autônomo e independente: o Poder Judiciário.

O exercício da função jurisdicional se dá em todo território nacional, de modo que as causas serão julgadas pelos órgãos jurisdicionais nos limites de sua competência (CPC, art. 86).

Por isso, embora todo órgão jurisdicional tenha poder, isto é, jurisdição, nem sempre será competente para julgar determinada lide.

Para garantir a repartição do exercício da nobre função, a lei procura definir critérios, garantindo a atuação dos diversos órgãos que integram o Poder Judiciário nacional.

Para a determinação do órgão jurisdicional competente deve-se, num primeiro momento, identificar qual é a justiça competente, isto é, saber se a causa é de atribuição da justiça brasileira (arts. 88 e 89 do CPC) e, em seguida, indagar se a competência é da Justiça Especial (militar, eleitoral ou trabalhista) ou da Justiça Comum. Se a causa não for de competência da Justiça Especial, será decidida perante a Justiça Comum, federal ou estadual, pois a competência da justiça especial é expressa. Prosseguindo-se, deve ser verificado se a causa é ou não da competência da Justiça Federal, cuja competência também é expressa (art. 109 da CF). A competência da Justiça Estadual, em regra, é residual.

Conhecida a justiça competente, é o momento de se pensar em qual foro do território nacional irá tramitar a ação, isto é, na circunscrição territorial. As regras sobre a competência de foro (territorial) estão previstas nos arts. 94 a 100 do CPC.

Por fim, após a definição da justiça e do foro competente, deve-se buscar o juízo competente, isto é, o órgão jurisdicional, dentro do foro, que irá conhecer da ação.

Determinada a competência no momento do ajuizamento da ação, serão consideradas irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente (art. 87 do CPC). Quer dizer, se o réu mudar de endereço (o seu domicílio é a regra geral da competência territorial), não vai haver modificação do juízo.

Com isso, há estabilização do juízo perante o qual vai tramitar a ação, garantindo-se outro aspecto da estabilidade da demanda.

A *perpetuatio jurisdictionis* é reconhecida pelos tribunais. O STJ, por sua Primeira Seção, ao decidir o conflito de competência n. 5.506/PA⁴⁸, em que foi relator o Ministro Garcia Vieira, concluiu pela impossibilidade da parte requerer o deslocamento da ação:

“COMPETÊNCIA - *PERPETUATIO JURISDICTIONIS* - DESLOCAMENTO REQUERIDO PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO. NO MOMENTO EM QUE FORAM DISTRIBUÍDAS A CAUTELAR E A AÇÃO PRINCIPAL, DETERMINOU-SE A COMPETÊNCIA, SENDO IRRELEVANTE POSTERIORES MODIFICAÇÕES NO ESTADO DE FATO OU DE DIREITO. CONFLITO

⁴⁸ Julgamento: 14/09/1993. Publicação: DJ do dia 04.10.1993, p. 20.486.

CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O MM. JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARANÁ”.

De fato, a mudança do juízo competente é excepcional e só pode ocorrer se houver supressão do órgão judiciário ou alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia.

A excepcionalidade da mudança da competência foi reconhecida no julgamento do recurso especial n. 927.495/GO⁴⁹, em que foi relator o Ministro Castro Meira, da Segunda Turma do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. CRIAÇÃO DE VARA FEDERAL. REDISTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DO DOMICÍLIO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PERPETUAÇÃO DA COMPETÊNCIA. ART. 87 DO CPC. VIOLAÇÃO.

1. A criação de vara da Justiça Federal não autoriza a redistribuição de processo unicamente em função do domicílio do réu – critério territorial –, porque o art. 87 do CPC somente excepciona o princípio da perpetuação nas hipóteses de extinção do órgão ou de modificação de competência absoluta (material ou funcional), e não relativa. Precedentes do Pretório Excelso e da Quinta Turma deste Sodalício.

2. Recurso especial provido”.

⁴⁹ Julgamento: 21/08/2007. Publicação: DJ do dia 03.09.2007, p. 159.

Trata-se do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, que se aplica às hipóteses de competência relativa.

As hipóteses de modificação de competência são arroladas pela lei, sendo que estão relacionadas a motivos de ordem pública.

Por isso, a causa que deveria ser julgada perante um determinado juízo pode ser deslocada para outro. O art. 102 do Código de Processo Civil dispõe que poderá ser modificada pela conexão ou pela continência.

Preocupa-se o CPC com a conexão objetiva, dispondo o art. 103 que são consideradas conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir. O objetivo é evitar decisões contraditórias, de tal forma que a consequência do reconhecimento da conexão é a alteração do juízo competente para uma das causas, que deverá ser julgada perante o juízo prevento.

Assim, duas ações que tramitavam em juízos distintos serão objeto de julgamento único, seja porque houve provocação da parte interessada, que pode argüi-la em preliminar de contestação (art. 301, VII, do CPC), seja porque houve reunião de ofício.

A continência entre duas ou mais ações também é motivo de reunião de ações para julgamento conjunto, tendo em vista que ela decorre do fato da identidade de partes e de causa de pedir entre as ações. Nela, porém, o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

A Primeira Seção do STJ, apreciando o conflito de competência n. 80.237/PR⁵⁰, demonstrou a conveniência e a importância da reunião de ações para julgamento conjunto:

⁵⁰ Relator Ministro José Delgado. Julgamento: 08/08/2007. Publicação: DJ do dia 27.08.2007, p. 178.

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. SUSPENSÃO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL PARA IMPLANTAÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. BACIA HIDROGRÁFICA DO PARANÁ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL MAIS AMPLA E ABRANGENDO O OBJETO DA AÇÃO PROPOSTA PELO PARQUET ESTADUAL. RECONHECIMENTO DE CONTINÊNCIA. NECESSIDADE DE JULGAMENTO SIMULTÂNEO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre o Juízo Federal e Juizado Especial de Pato Branco - SJ/PR e o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Pato Branco/PR. Os autos versam sobre ação civil pública por danos ao meio ambiente, de natureza preventiva, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra o Instituto Ambiental do Paraná - IAP, objetivando a condenação em obrigação de não-fazer consistente na abstenção de qualquer ato de deferimento de licenças ambientais relativas à construção da Usina Hidrelétrica Salto Grande. Ao declinar da competência, o Juízo estadual asseverou a existência de ação anterior proposta pelo Ministério Público Federal mais ampla e abrangendo o objeto do feito ajuizado na Justiça estadual.

2. Concomitantes ações civis públicas, constatada a existência de continência, devem ser reunidas para apreciação simultânea, evitando-se composições judiciais contraditórias.

3. Em ambas as ações, o pedido refere-se à ordem de não fazer nenhuma medida que vise à implantação da usina hidrelétrica de Salto Grande, porém, verifica-se que o pedido apresentado na ação proposta na Justiça Federal é mais amplo do que o feito ajuizado perante a Justiça estadual, pois envolve a atuação de outros órgãos estatais e discussão sobre a responsabilidade do IBAMA, em razão do procedimento para licença ambiental. Competência da Justiça Federal. Precedentes: CC 46.953/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 19.06.2006; CC 22.682/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 12.05.2003; CC 36.439-SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17.11.2003.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante, o Juízo Federal e Juizado Especial de Pato Branco - SJ/PR”.

De observar que o fenômeno da continência é muito comum em ações coletivas. Nesse caso, o entendimento que tem prevalecido nos tribunais é no sentido de que “havendo continência entre duas ações civil públicas, movidas pelo Ministério Público, impõe-se a reunião de ambas, a fim de evitar julgamentos conflitantes, incompatíveis entre si”⁵¹.

Interessante situação ocorre no caso de ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos. No julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança n. 24.196/ES⁵², em acórdão do qual foi relator o Ministro Félix Fischer, da Quinta Turma,

⁵¹ Conflito de competência n. 40.534/RJ, julgado pela Primeira Turma do STJ. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgamento: 28/04/2004. Publicação: DJ do dia 17.05.2004, p. 100.

⁵² Julgamento: 13/12/2007. Publicação: DJ do dia 18.02.2008, p. 1.

firmou-se o entendimento no sentido de que, nesse caso, é imprescindível analisar quem são os beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS. IMPETRAÇÃO DE DOIS MANDADOS DE SEGURANÇA POR DUAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DA MESMA CATEGORIA PROFISSIONAL. MESMA CAUSA DE PEDIR. IDENTIDADE PARCIAL DE PEDIDOS. CONTINÊNCIA. CONFIGURAÇÃO.

I- O aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda. Assim, impetrados dois mandados de segurança por associação e por sindicato, ambos representantes da mesma categoria profissional, os substituídos é que suportarão os efeitos da decisão, restando, assim, caracterizada a identidade de partes.

II - Em face da identidade parcial de pedidos, em razão de um ser um mais abrangente que o outro, configura-se a continência, que é espécie de litispendência parcial.

III - Inviável, porém, a reunião de processos, tendo em vista que já julgado um deles (Súmula 235/STJ), impondo-se, por consequência, a extinção parcial do presente *writ* na parte em que apresenta o mesmo pedido.

Recurso ordinário parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos ao e. Tribunal *a quo*, para que julgue o *mandamus*".

O art. 105 do CPC determina que a conexão ou a continência devam ser verificadas de ofício pelo juiz, para que seja garantido o julgamento conjunto, com a eliminação do risco de decisões contraditórias.

A prorrogação é outra causa de modificação da competência, decorrente de cláusula contratual que elege o juízo competente ou, então, de inércia do réu em argüir, por meio de exceção processual, a incompetência relativa do juízo.

Como se vê, a causa deve tramitar, do início ao fim, no mesmo juízo. Os deslocamentos de causas, em função de motivos que modificam a competência, é excepcional e só pode ocorrer nos casos previstos em lei.

Garante a lei, em conclusão, a estabilidade do juízo.

1.3.6. Estabilidade do juiz

A estabilidade do juiz é uma espécie de estabilidade subjetiva, embora não esteja relacionada às partes interessadas na solução do litígio. De qualquer forma, está relacionada à pessoa do julgador, que é parte da relação processual deduzida em juízo. Parte desinteressada, porém submetida ao contraditório.

Podemos lembrar, de início, a vinculação do juiz ao proferimento de sentença, prevista no art. 132 do CPC: *O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo*

se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

A atual redação do art. 132 foi dada pela Lei nº 8.637/93, que abrandou a vinculação. Com efeito, o mencionado dispositivo legal, originariamente, previa que o juiz, titular ou substituto, que iniciasse a audiência, deveria concluir a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado.

A vinculação, na atualidade, decorre da conclusão da audiência e não do início da instrução.

No julgamento do recurso especial n. 19.826/PR⁵³, em que foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, da Quarta Turma do STJ, declarou-se a vinculação do juiz mesmo no caso de remoção:

“PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CPC, ART. 132. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ DIVERSO DO QUE CONDUZIU E CONCLUIU A INSTRUÇÃO. *TRANSFERÊNCIA (RECTIUS, REMOÇÃO)* PARA OUTRA VARA DA MESMA COMARCA. RECURSO DESACOLHIDO.

I- ENCONTRA-SE JÁ ENCERRADA A INSTRUÇÃO DO FEITO, A SIMPLES REMOÇÃO DO JUIZ QUE A TENHA CONDUZIDO E CONCLUÍDO, MÁXIME SE REALIZADA PARA OUTRA VARA DA MESMA COMARCA, NÃO FAZ CESSAR A SUA VINCULAÇÃO, INCUMBINDO-LHE PROFERIR A SENTENÇA.

⁵³ Julgamento: 24/08/1993. Publicação: DJ do dia 20.09.1993, p. 19.179.

II- INTERPRETAÇÃO QUE SE COADUNA COM A NOVA REDAÇÃO DO ART. 132, DADA PELA LEI 8.637/93, QUE NÃO MAIS CONTEMPLOU A REMOÇÃO - IMPROPRIAMENTE DENOMINADA DE *TRANSFERÊNCIA* PELO LEGISLADOR DE 1973 - COMO CAUSA DE DESVINCULAÇÃO NAS HIPÓTESES EM QUE FINDA A FASE INSTRUTÓRIA”.

O legislador sempre se preocupou com a questão da manutenção da pessoa do julgador que colheu a prova. Entende-se que o contato pessoal que teve com as partes, com as testemunhas, com os depoimentos poderá refletir em uma decisão melhor.

A estabilidade alcança, portanto, a pessoa do julgador.

Podemos questionar se a regra da prevenção tem origem no princípio da estabilidade do juiz. Passemos à reflexão.

O art. 106 do CPC, ao regular a prevenção, não define outra hipótese de modificação da competência.

Conforme Athos Carneiro⁵⁴, “a prevenção não é propriamente um critério de ‘determinação’ da competência, e sim de ‘fixação’ da competência. Devemos supor dois ou mais juízos que, pelas regras gerais, seriam, em tese, igualmente competentes. Pela prevenção, apenas em um deles a competência é ‘fixada’, tornando-se os demais incompetentes”.

A prevenção, porém, também está relacionada ao propósito de se evitar o antagonismo de decisões judiciais, sendo importante para identificar o juízo competente no caso de ações conexas.

⁵⁴ *Jurisdição e competência*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 66.

Assim, ações conexas que tramitam em comarcas diversas devem ser reunidas perante o juízo onde ocorreu a citação válida em primeiro lugar. No caso de ações conexas que tramitam na mesma comarca, o juízo prevento é o que despachou em primeiro lugar.

A prevenção também está relacionada à competência funcional, determinando a fixação da competência de um órgão jurisdicional pelo fato do prévio contato com o caso.

Assim, garante-se a estabilidade do juízo pensando-se que ali oficia um juiz que já conhece, ao menos em parte, do litígio.

Nesse sentido a lição de Cândido Rangel Dinamarco⁵⁵, ao explicar o critério funcional: “Diz-se *funcional* a competência quando a lei a determina *automaticamente*, a partir do simples fato de algum órgão jurisdicional ter oficiado em determinado processo (...). Ela é a competência decorrente do prévio exercício da jurisdição por determinado órgão. É *automática* porque nenhum outro elemento, além desse, precisa ser pesquisado na busca do juiz competente (...). O juiz do primeiro processo considera-se *prevento* para os que lhe vierem depois”.

Já afirmamos⁵⁶ que “a idéia que nos vem, portanto, é de que a competência funcional de um órgão se dá pelo fato desse órgão já haver *funcionado*, ao menos em parte, em alguma questão da demanda. Em face dessa prévia atuação, fixa-se a competência de determinado órgão jurisdicional, considerado pela lei *prevento* para conhecer da demanda. Cite-se o exemplo do juízo que julgou uma ação cautelar preparatória. Sendo proposta a ação principal, a distribuição será por dependência para o juízo prevento, que já

⁵⁵ *Instituições de direito processual civil*, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 429-430.

⁵⁶ *Curso*, cit., v. 1, p. 60.

funcionou no caso, de tal forma que tem melhores condições de julgar do que qualquer outro”.

Entendemos que há nítida ligação com a idéia da estabilidade, pois se determina a competência pelo fato do prévio contato com a causa, ao menos em parte.

Pode-se falar, pois, em estabilidade do juiz, seja pela vinculação ao processo, seja pela prevenção do juízo perante o qual tramitou ação relacionada.

1.3.7. Estabilidade das questões a serem dirimidas

Há um momento do processo específico para que o juiz fixe as questões, isto é, os pontos controvertidos. Com isso, garante-se que a causa ganha a fase instrutória e rume em direção à sentença. Se às partes fosse lícito deduzir novas afirmações a todo o momento, não haveria estabilidade da demanda posta em juízo.

Daí a importância do princípio da eventualidade para garantir a estabilidade da demanda. Como se sabe, pelo princípio da eventualidade determina que o réu, na contestação, traga toda matéria de defesa, expondo, inclusive, teses contraditórias.

Pontos não alegados na contestação, por isso, ficarão preclusos.

O princípio da eventualidade é amplamente reconhecido nos tribunais.

Como destacou a Sexta Turma do STJ, ao julgar o recurso especial n. 82.334/SP⁵⁷, em que foi relator o Ministro Vicente Leal, “segundo o cânon inscrito no artigo 300, do CPC, que consagra o

⁵⁷ Julgamento: 17/02/2000. Publicação: DJ do dia 08.03.2000, p. 165.

princípio da eventualidade, cabe ao réu argüir, na contestação, toda a matéria de defesa, sob pena de ver precluso o direito de agita-la perante a instância recursal ordinária”⁵⁸.

Portanto, o princípio da eventualidade também está relacionado à estabilidade da demanda.

No caso do rito ordinário, a audiência preliminar é o momento adequado para a fixação dos pontos controvertidos.

Deve-se lembrar de que as questões (pontos controvertidos) decorrem do embate travado pelas partes na fase postulatória. Assim, dos pontos afirmados pelo autor e pelo réu o juiz extrai as *questões* (pontos controvertidos).

Há questões prévias e questões de mérito. As prévias recebem essa designação porque têm que ser resolvidas antes do mérito. Dividem-se em preliminares e em prejudiciais. As primeiras podem impedir o exame do mérito, mas não influem diretamente na questão de mérito, ao contrário das prejudiciais, que influem na decisão do mérito.

Fixados os pontos controvertidos, a parte inconformada deve recorrer, pois a prova terá por objeto apenas os pontos controvertidos, especialmente os de fato.

A estabilidade da demanda, então, decorre da imposição do Código às partes: o autor deve trazer seus pontos na inicial; o réu na contestação. Após, o juiz deve fixar as questões e encaminhar o processo em rumo à decisão, não podendo, posteriormente, considerar fatos estranhos aos até então alegados.

⁵⁸ No mesmo sentido: agravo regimental no agravo de instrumento n. 749.103/MS (relator Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma do STJ, DJ 09.10.2006, p. 291); recurso especial n. 257.221/SE (relator Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma do STJ, DJ 12.02.2001, p. 148); recurso especial n. 156.129/MS (relator Ministro Ffranciulli Netto, 2ª Turma do STJ, DJ 10.09.2001, p. 367).

Exceção existe na hipótese do art. 462 do CPC, que permite ao magistrado tomar em consideração, ao proferir a sentença, de fato impeditivo, modificativo ou extintivo: *Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.*

A estabilidade das questões é um dos pontos cruciais para se garantir a própria estabilidade da demanda.

1.3.8. Estabilidade das provas

Devemos começar por uma importante advertência feita por José Roberto dos Santos Bedaque⁵⁹: “Uma coisa é a relação jurídico-substancial; outra, a relação processual. Esta, uma vez iniciada, deve desenvolver-se de forma a propiciar à função jurisdicional o melhor resultado possível. E tal resultado, quanto mais próximo da realidade fática deduzida em juízo, mais satisfatória será”.

O princípio da estabilidade da demanda acaba por limitar a atividade probatória do juiz e das partes, em decorrência dos princípios da inércia da jurisdição e do dispositivo.

O art. 283 impõe ao autor a produção da prova documental ainda na fase postulatória: *A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.*

O princípio da isonomia determina que a mesma regra exista em relação ao réu, de modo que o art. 396 dispõe que *competete à*

⁵⁹ *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 132.

parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

De outro lado, o princípio da congruência impede que o juiz de investigar fatos não trazidos pelas partes. Ou seja, a iniciativa probatória está limitada aos fatos controvertidos delimitados pela causa de pedir.

Para demonstrar que aqui também há possibilidade de certa instabilidade, o parágrafo único do artigo 132 do CPC autoriza o juiz que não colheu a prova pessoalmente mandar repetir as provas já produzidas.

1.3.9. Estabilidade na fase decisória: a regra da congruência

A estabilidade da demanda resulta, para o juiz, na impossibilidade de proferir sentença incongruente. Assim como as partes não podem introduzir elementos novos na demanda, o juiz também não pode inovar no momento de proferir a sentença, surpreendendo as partes.

O art. 128 estabelece que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Deve o juiz, portanto, ater-se aos elementos objetivos e subjetivos da demanda, proferindo sentença que acolha ou rejeite, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor (art. 459, 1ª parte) e, eventualmente, decidir o pedido formulado pelo réu (cite-se o exemplo de reconvenção oferecida pelo réu).

Não deve ir além do que lhe foi proposto, nem deixar de decidir. Nos termos do art. 460 do CPC, *é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem*

como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

O parágrafo único do art. 459 acrescenta: *Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.*

Também não deve proferir sentença que venha a atingir terceiros, pois o art. 472 estabelece que *a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.*

Portanto, é imprescindível a correção entre o pedido e a sentença.

No dizer de Teresa Arruda Alvim Wambier⁶⁰, “tem de haver uma correlação entre o ‘objeto’ da ação e o ‘objeto’ da sentença. Esta regra é fruto do duplice dever do juiz, de se pronunciar sobre tudo o que foi pedido e só sobre o que foi pedido. O princípio da congruência, ou da correspondência, entre ação e sentença, funda-se, também, em outro princípio, consistente na regra segundo a qual a intervenção do Estado, para realizar os interesses individuais tutelados pelo direito material, depende da vontade do particular, que é titular do interesse; e, evidentemente, só cabe à parte provocar ou não o exercício da função jurisdicional para realizar um interesse seu, tutelado; cabe a ela, também, invocar, ou não invocar, um fato jurídico de que crê decorrer seu direito, preparando os elementos aptos a convencer o juiz”.

É o autor, portanto, que fixa os limites da sentença. O réu, excepcionalmente, pode ampliar os limites da sentença: por

⁶⁰ *Nulidades do processo e da sentença*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 89.

exemplo, quando oferece reconvenção, procede à denúncia da lide e ajuíza ação declaratória incidental.

Se for desrespeitada a regra da congruência, a sentença pode incidir em vícios.

Assim, será considerada *ultra petita* a sentença que ultrapassar os limites do pedido, condenando o réu, por exemplo, em quantidade superior à reclamada na inicial. Prevalece a opinião de que essa sentença pode ser reduzida pelo tribunal, sem necessidade de se anular a sentença. Basta que o tribunal reduza a condenação aos limites propostos na inicial.

Na situação oposta está a sentença *citra petita*, considerando-se como tal aquela que não esgota a prestação jurisdicional. O juiz, como se sabe, tem o dever de decidir a causa, de tal forma que há vício se deixar de oferecer resposta à pretensão deduzida pelo autor na inicial. A sentença, nesse caso, também pode ser corrigida. Basta que a parte oponha embargos de declaração e provoque a manifestação do julgador em relação à parte faltante. Exemplo de sentença *citra petita* ocorre na situação em que o juiz decide apenas um dos pedidos, sendo que a inicial continha uma cumulação. Também haverá pronunciamento incompleto se o juiz não decidir a reconvenção ou a denúncia da lide.

No caso de decisão que conceda ao autor menos do que ele havia pleiteado na inicial, não há que se falar em nulidade. Nas hipóteses de sucumbência parcial há julgamento do pedido. Portanto, não há qualquer irregularidade se a sentença conceder R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao autor que pleiteou uma indenização de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Por fim, o vício mais grave.

É considerada incorrigível a sentença *extra petita*, isto é, aquela sentença que julga questão diversa daquela posta em juízo. Essa sentença é nula por violar o art. 2º do CPC (*ne procedat iudex ex officio*), ou seja, porque o juiz presta tutela jurisdicional que não foi requerida pela parte, decidindo causa diversa da que foi deduzida em juízo.

Esse tipo de sentença, regra geral, deve ser anulado pelo tribunal, para que outra seja proferida.

Considera-se *extra petita*, por exemplo, a sentença que anula o contrato e condena o réu a indenizar o autor, se o autor pleiteou apenas a anulação.

A regra da congruência deve ser observada tanto em primeiro, quanto em segundo grau de jurisdição, de tal forma que o acórdão proferido por um tribunal também deve observar os limites da demanda.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso ordinário em Mandado de Segurança n. 18.655/SC, no dia 14/11/2006⁶¹, sendo relator o Min. Luiz Fux, pronunciou interessante caso de decisão *extra petita*, decorrente do fato do tribunal recorrido imputar o abuso de autoridade a ato outro que não o indicado pelo autor. Vale a pena a transcrição da ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CAUSA PETENDI. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. DECISÃO EXTRA PETITA. ERROR IN PROCEDENDO. ANULAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS À CORTE DE ORIGEM.

⁶¹ DJ de 16.08.2007, p. 286.

1. A prova do direito líquido e certo exigível como condição de procedibilidade pelo rito sumário do *writ* pertine aos fatos indicados na inicial pelo autor.

2. Consectariamente, não é lícito ao Tribunal *a quo*, a pretexto de imputar o abuso de autoridade a ato outro que não o indicado pelo autor, porquanto a isso equivale alterar *ex officio* a *causa petendi*, em afronta ao princípio da congruência consubstanciado na máxima *ne procedat iudex extra vel extra petita partium*.

3. O julgamento *extra petita* viola a regra que adstringe o juiz a julgar a lide nos limites das questões suscitadas sendo-lhe defeso alterá-las.

4. Nesse sentido, dispõem os arts. 128 e 460, do CPC, *verbis*: Art. 128. *O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte*; Art. 460. *É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado*.

5. O *error in procedendo* implica a cassação da decisão para que outra seja proferida imune de vícios, restando lícito ao Tribunal *a quo* extinguir o mandamus com resolução de mérito ou sem apreciá-lo por outra ótica, mas sempre adstrito ao ato apontado como ilegal pelo impetrante.

6. Recurso provido para que o Tribunal *a quo* julgue o *mandamus*".

Como se vê, no caso de decisão *extra petita*, o vício é insanável, procedendo-se, pois, à anulação do julgamento e determinando-se que outro seja proferido.

Em outra oportunidade, quando do julgamento do recurso especial n. 784.159/SC⁶², em que foi relatora a Ministra Denise Arruda, restou ratificada a tese de que decisão *extra petita* deve ser anulada, por violar regras e princípios do processo civil. A seguir a ementa do julgado:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 128 E 460 DO CPC. PROVIMENTO.

1. Na invalidação judicial de ato administrativo, o julgador deve, por força dos princípios da inércia da jurisdição, do dispositivo e da correlação entre causa de pedir, pedido e sentença, obedecer aos limites objetivos da pretensão jurisdicional deduzida (CPC, arts. 128 e 460), sob pena de proferir decisão *infra petita* (aquém), *ultra petita* (além) ou *extra petita* (fora), suscetível à correção jurisdicional.

2. A recorrida não postulou, nesta ação anulatória, a invalidação de todo o edital de

⁶² Julgamento do dia 17/10/2006, publicado no DJ de 07.11.2006. p. 250.

convocação, tampouco de todo o procedimento licitatório. Restringiu-se, de um lado, a atacar a decisão administrativa que a julgou tecnicamente inabilitada (para, assim, ser considerada qualificada, determinando-se a abertura e julgamento da proposta apresentada) e, de outro, a requerer a anulação do ato administrativo que considerou a recorrente habilitada para disputar o certame.

3. O Tribunal de Justiça, ao anular a licitação, proferiu acórdão tecnicamente qualificado como *extra petita*, portanto, nulo, por violação dos arts. 128 e 460 do CPC.

4. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos para que o Tribunal de Justiça profira novo julgamento, nos limites da matéria efetivamente argüida pela apelante”.

1.3.9.1. O fundamento da regra da congruência

A vinculação do juiz aos elementos da demanda é objeto de uma variada terminologia: fala-se em princípio da congruência, da demanda, da correspondência, da adstrição, da vinculação ou da correlação.

Todos expressam a mesma idéia, isto é, de que o juiz não pode proferir sentença incongruente.

Para alguns, o princípio é decorrência do princípio dispositivo. Ovídio A. Baptista da Silva⁶³ adverte que, “de um modo geral, não se faz distinção entre o princípio dispositivo e o chamado princípio

⁶³ *Curso de processo civil*, 3ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, v. 1, p. 49-51.

da demanda. A distinção, porém, é relevante. O primeiro deles diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo (...). Enquanto o princípio dispositivo diz respeito aos poderes das partes em relação a uma causa determinada posta sob julgamento, o princípio da demanda refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional. O primeiro deles corresponde à determinação dos limites dentro dos quais se há de mover o juiz, para o cumprimento de sua função jurisdicional, e até que ponto há de ficar ele na dependência da iniciativa das partes na condução da causa e na busca do material formador de seu convencimento; ao contrário, o princípio da demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo.

A compulsoriedade de exercício de uma faculdade legal ou de um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito. Ninguém pode ser obrigado a exercer os direitos que porventura lhe caibam, assim como ninguém deve ser compelido, contra a própria vontade, a defendê-los em juízo. Desse pressuposto, decorre o princípio de que nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais, inscrito no art. 2º do Código de Processo Civil”.

Assim, o princípio da demanda é entendido por Ovídio Baptista como sinônimo do princípio da congruência e estaria expresso em diversos dispositivos (arts. 2º, 128 e 294, todos do CPC). Por isso, seria decorrência do princípio da demanda a vinculação do juiz ao pedido das partes.

Barbosa Moreira⁶⁴, todavia, é contundente em não aceitar a vinculação da regra da congruência ao princípio dispositivo: “O juiz civil, no direito brasileiro, repito, não está autorizado a instaurar de ofício um processo porque se trate de direito indisponível, e tampouco está autorizado a, na sua sentença, pronunciar-se sobre algo que não foi objeto do pedido, só porque lhe pareça que se trata de um direito indisponível”.

Para o citado autor⁶⁵, a fundamentação que “apresenta maiores credenciais é a que relaciona esta problemática com a garantia do contraditório. O que se tem em vista, sobretudo, é preservar o contraditório e o direito de defesa do réu”.

Ocorre que, para citado autor⁶⁶, “o exercício amplo do direito de defesa implica necessariamente para o réu um mínimo de previsibilidade. É preciso que ele saiba, ao ser convocado a juízo, ou possa verificar com os dados de que dispõe, quais são as suas chances, tanto para o melhor, quanto para o pior (...).

Esse elemento de previsibilidade é absolutamente essencial para que o réu possa exercer amplamente o seu direito de defesa. Isto se liga com a problemática relativa ao pedido. É por isso que o pedido tem de ser certo e determinado”.

Em nossa opinião, Barbosa Moreira dá o melhor fundamento para o princípio da congruência, pois essa regra está, realmente, relacionada ao princípio do contraditório: “A exigência da correlação entre a sentença e o pedido tem outro aspecto muito importante para o autor: a segurança de que, desde que satisfeitos os requisitos de validade do processo e as chamadas condições de

⁶⁴ “Correlação entre o pedido e a sentença”, in *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 1996, n. 83, p. 208.

⁶⁵ Correlação, cit., p. 209.

⁶⁶ Correlação, cit., p. 209.

ação, o seu pedido será totalmente julgado. O princípio de que a sentença deve ser congruente com o pedido funciona em dois sentidos: mão e contramão. Às vezes esquecemos um desses aspectos e damos maior ênfase ao outro. Ao juiz é proibido exceder o pedido ou julgar fora do pedido, mas não nos esqueçamos de que há o dever, para o juiz, de pronunciar-se sobre todo o pedido; nada além do pedido, mas todo o pedido”.

1.3.10. Estabilidade da sentença

A própria sentença, como ato do processo, é atingida pela regra da estabilidade.

Com efeito, estabelece o art. 463 do CPC que, *publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:*

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;

II - por meio de embargos de declaração.

1.3.11. Preclusão e estabilidade

O instituto da preclusão também está relacionado ao princípio da estabilidade, como parece evidente.

A preclusão impede a eternização das questões, isto é, das controvérsias.

Com efeito, dispõe o art. 473 que *é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.*

De forma conexa, estabelece o art. 471 que *nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide*.

1.3.12. Estabilidade na fase recursal

O princípio da estabilidade continua a se manifestar mesmo após a sentença. Ocorre que as partes não podem modificar, no recurso de apelação, o pedido ou a causa de pedir, pois são proibidas de suscitar fatos novos.

No julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança n. 21.458/GO⁶⁷ o STJ, por sua Primeira Turma, em acórdão da lavra do Ministro Teori Albino Zavascki, foi peremptório:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ALTERAÇÃO DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO”.

O art. 517 do CPC é claro ao permitir a alegação de questões de fato não propostas no juízo inferior só no caso de força maior. Assim, a parte que pretender alegar fato novo, deve provar que a falta de alegação no juízo de origem se deu por motivo de força maior.

⁶⁷ Julgamento ocorrido no dia 05/06/2007 e publicado no DJ do dia 03.09.2007, p. 120.

Barbosa Moreira⁶⁸ enumera situações de força maior: “deve reconhecer-se a ocorrência de tal motivo, em primeiro lugar, quando o fato que se traz à apreciação do tribunal:

- ainda não se verificara até o último momento em que a parte poderia tê-lo eficazmente argüido no primeiro grau de jurisdição;

- a parte ainda não tinha ciência dele;

- estava impossibilitada, por circunstância alheia à sua vontade, de comunicá-lo ao advogado, para que este o levasse à consideração do juiz;

- quando ao próprio advogado fora impossível a argüição *opportuno tempore*”.

Interessante que o Código de Processo Civil prevê um recurso que pode ser considerado intimamente ligado à regra da congruência e, portanto, da estabilidade.

Referimo-nos aos embargos de declaração, que podem ser utilizados para suprir eventual omissão das decisões judiciais, permitindo a correção pelo próprio órgão prolator do ato decisório embargado.

De qualquer forma, a estabilização do processo não impede o reconhecimento da perda objeto do recurso. Assim decidiu o a Sexta Turma do STJ, no julgamento do agravo regimental no recurso especial n. 887.890/ES⁶⁹, em que foi relatora a Ministra Jane Silva:

⁶⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5, p. 449.

⁶⁹ Julgamento em 07/02/2008. Data da Publicação: DJ do dia 25.02.2008, p. 374.

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. QUINTO CONSTITUCIONAL. CRITÉRIO DA ALTERNÂNCIA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. PERDA DO OBJETO.

1. Cabe ao Supremo Tribunal Federal, e não ao Superior Tribunal de Justiça, manifestar-se acerca do recurso extraordinário interposto simultaneamente ao recurso especial.

2. A superveniência de lei que tornou par o número de vagas destinadas ao quinto constitucional em Tribunal de Justiça, torna sem objeto a ação onde é discutida a aplicação do critério de alternância entre advogados e membros do Ministério Público, cuja origem decorreu, tão-somente, do número ímpar de vagas então destinadas às referidas carreiras jurídicas.

3. A estabilização do processo não impede o reconhecimento da perda objeto.

4. Agravo regimental improvido”.

1.3.13. Trânsito em julgado, coisa julgada e estabilidade

Após o trânsito em julgado também há garantia da estabilidade, pois o art. 474 do CPC estabelece que, *passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.*

Ou seja, ocorre a preclusão daquilo que foi deduzido pela parte, bem como do dedutível, isto é, daquilo que poderia ter sido alegado e não foi.

A coisa julgada material também impede a rediscussão das questões decididas, que se tornam imutáveis e indiscutíveis em outro processo.

Não há dúvida de que a coisa julgada está relacionada à estabilidade das relações jurídicas.

Assim conclui a Primeira Turma do STJ, ao julgar o agravo regimental no recurso especial n. 209.235/SC⁷⁰, em acórdão do qual foi relator o Ministro Milton Luiz Pereira:

“PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO EM 2002. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. COISA JULGADA.

1. O erro material pode ser sanado a qualquer tempo, sem que seja caracterizada qualquer ofensa à coisa julgada, mormente porque a correção do erro constitui mister inerente à função jurisdicional.

Essa é a inteligência da norma prevista no art. 463, I, do Código de Processo Civil, que admite que o magistrado altere a decisão tão-somente nas hipóteses de correção de inexactidões materiais ou retificação de erros de cálculo - erro material - ou por meio de embargos de declaração.

2. *In casu*, trata-se de hipótese diversa, em que o erro apontado pela Fazenda Nacional guarda relação com o próprio objeto do juízo de mérito, consubstanciando verdadeiro *error in judicando*,

⁷⁰ Julgamento ocorrido no dia 04/10/2007. Data da Publicação: DJ do dia 13.12.2007, p. 323.

decorrente da má apreciação da questão de fato e/ou de direito.

3. Nesse diapasão, em consonância com o previsto no art. 467 c/c 471, do CPC, operou-se a coisa julgada material, que se traduz na imutabilidade do acerto ou da declaração contida na sentença, no que pertine à definição do direito controvertido, e que decorre do esgotamento dos recursos eventualmente cabíveis. Seu fundamento, consoante doutrina abalizada, reside no princípio da segurança jurídica, manifestação do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido leciona Vicente Greco Filho, *verbis*: "O fundamento da coisa julgada material é a necessidade de estabilidade nas relações jurídicas. Após todos os recursos, em que se objetiva alcançar a sentença mais justa possível, há necessidade teórica e prática de cessação definitiva do litígio e estabilidade nas relações jurídicas, tornando-se a decisão imutável. Não mais se poderá discutir, mesmo em outro processo, a justiça ou injustiça da decisão, porque é preferível uma decisão eventualmente injusta do que a perpetuação dos litígios. (*in* Direito Processual Civil Brasileiro, vol. II, Ed. Saraiva, 16ª ed., p. 249/250).

4. Agravo regimental desprovido".

1.3.14. Estabilidade na fase de liquidação

O Código de Processo Civil é expresso, no art. 475-G, ao garantir a estabilidade da demanda no caso de eventual liquidação

da sentença: *É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.*

A liquidação deve ser fiel ao título, como explica Araken de Assis⁷¹: “Não é possível acrescentar à sentença, na liquidação, os honorários, relativos à ação condenatória, omissa que seja a mesma e não tendo o vencedor corrigido o defeito através de embargos de declaração. Idêntico tratamento merece a omissão quanto ao reembolso das despesas processuais.

Exceções existem, porém, à regra traçada no art. 475-G: a) o autor pode não formular pedido de juros moratórios (art. 293) e, mesmo omissa a sentença a tal propósito, cabe incluí-los na liquidação (Súmula 254 do STF); b) a inclusão da correção monetária não representa ela *plus* à dívida, e, sim, *minus* a evitar-se, ‘mesmo quando não pedida na ação’, o que não caracteriza vício *ultra petita*, até de ofício, e mesmo após o trânsito em julgado da sentença, sob pena de configurar erro passível de correção de ofício, e quando, excluída do cálculo, a parte não o impugnou oportunamente”.

1.3.15. Estabilidade na fase executiva

De uma forma geral, não pode haver inovação na fase executiva, tendo em vista a coisa julgada material que incide sobre a parte dispositiva da sentença.

Porém, aqui há interessantes questões a serem analisadas, sobretudo no caso de ações coletivas, de tal forma que preferimos uma análise mais abrangente da questão da estabilidade na fase executiva no capítulo 3.

⁷¹ *Manual do processo de execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 275.

Há a importante regra do § 5º do art. 461 do CPC, correspondente ao mesmo parágrafo do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz, no momento da efetivação da sentença, buscar um resultado prático equivalente.

De qualquer forma, vale frisar que a estabilidade também atinge os embargos à execução.

No julgamento do recurso especial n. 151.530/SP⁷², em que foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ficou consignada a impossibilidade de se alterar o pedido em sede de impugnação aos embargos: “A pretensão de substituir-se a comissão de permanência, expressamente pedida na inicial da execução, pela correção monetária, no momento da impugnação dos embargos de devedor, sem ter havido concordância do executado, afronta a estabilização do processo, estatuída no art. 264, CPC”.

1.4. Sistema processual flexível

Depois que exaltamos a importância do princípio da estabilidade, é o momento de se pensar nas virtudes de um sistema processual flexível, em que as partes tenham mais liberdade para produzir, no curso do processo, novas alegações, bem como seja o magistrado dotado de maior poder de busca da verdade.

Costuma-se dizer que o modelo flexível permite maior justiça, isto é, maior aproximação da sentença à realidade fática. Como afirma Junior Alexandre Moreira Pinto⁷³, “à primeira vista, a

⁷² STJ, 3ª Turma. Data do Julgamento: 03/05/2001. Publicação: DJ do dia 11.06.2001, p. 222.

⁷³ “Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda”, in *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*, Coord. de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

concentração processual depõe contra o próprio caráter publicista de que deve ser dotado o processo. Se o escopo do mesmo é a realização da justiça, nada mais óbvio do que permitir tardias introduções pelas partes, que possibilitaria o real alcance da verdade material.

Explica o citado autor⁷⁴ que “nos países que adotaram, por grande período de tempo, o regime socialista, não há, via de regra, qualquer tipo de rigidez no procedimento.

Nestes ordenamentos, além de se admitir a modificação, pelas partes, do *thema decidendum*, é enorme o poder do juiz de cambiar a demanda. Entendiam que o magistrado tem de decidir não somente de acordo com o interesse privado, mas principalmente tendo em vista toda a coletividade socialista. Pela relevância pública da relação deduzida em juízo, e sendo tarefa do Estado a assistência social e a tutela coletiva, pode o juiz decidir *ultra* ou *extra petita*. Este caráter extremamente flexível se justifica pelos próprios princípios socialistas, notadamente pela relevância pública e pela força estatal concebidas por estes povos”.

A alterabilidade do pedido é destacada por Milton Paulo de Carvalho⁷⁵: “O direito não exige uma rigorosa imutabilidade dos elementos objetivos do processo, mas, ao revés, *admite* a alteração de maneira que atenda, primacialmente, à boa administração da justiça e, por via indireta, a composição dos conflitos intersubjetivos”.

O citado autor⁷⁶ indica os fundamentos da alterabilidade: “O que fundamenta a alterabilidade do pedido e da sua causa é o caráter essencialmente público do processo, instrumento da

⁷⁴ Sistemas rígidos e flexíveis, cit., p. 65.

⁷⁵ *Do pedido*, cit., p. 130.

⁷⁶ *Do pedido*, cit., p. 131.

jurisdição que é. Como vimos quando expusemos o escopo do processo, o interesse do Estado, de fazer atuar o direito objetivo, sobrepõe-se aos interesses de cada litigante.

Tempo houve em que, por se ter do processo a noção de um quase-contrato, o momento da resposta do réu era decisivo para a determinação precisa das pretensões de *ambas* as partes, estabelecendo-se a partir daí as lindes do pleito, circunscritos os contendores aos limites das pretensões deduzidas. Objeto do processo era assim a controvérsia e não a pretensão do autor, daí porque não cabia falar, por exemplo, em *objeções*, matéria que o juiz pode conhecer de ofício”.

E como bem observa Milton Paulo de Carvalho⁷⁷, “hoje, a disciplina da alterabilidade da pretensão processual recebe os influxos da moderna concepção social do processo.

Uma vez proposta a demanda, o titular da relação de direito material controvertida passa a submeter-se aos efeitos doutra relação jurídica, esta de direito público, em que o maior interessado é o Estado, nela representado pelo juiz”.

Todavia, se o sistema flexível apresenta como grande virtude a publicização do processo e a busca de uma decisão mais justa, é igualmente verdade que se a legislação não estabelecer limites para a estabilidade da demanda, o processo corre o risco de se eternizar, o que pode representar séria ofensa à garantia do processo sem dilações indevidas: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.* (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXVIII, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁷⁷ *Do pedido*, cit., p. 132.

Capítulo 2

Processo coletivo

2.1. Introdução ao estudo dos direitos transindividuais e do processo coletivo

Em determinado momento histórico percebeu-se que a dicotomia clássica entre direito público e privado era insuficiente, haja vista a existência de um direito que não é público e nem individual: o direito coletivo (*lato sensu*).

A constatação da existência de *direitos coletivos* está intimamente ligada ao surgimento de uma nova classe social, produto da revolução industrial: a classe dos operários.

Referida classe, paulatinamente, passa a reivindicar direitos de classe, coletivos. Esses *novos direitos* são, na verdade, interesses de massa, cuja constatação teve como consequência a superação da tradicional dicotomia: *público – privado*.

A reivindicação desses *novos direitos* passa a ser feita pelos chamados corpos intermediários, com atuação na tentativa de composição dos conflitos coletivos de interesses. Corpos intermediários são os órgãos ou instituições que se colocam entre o estado e os indivíduos.

Os sindicatos destacam-se entre os primeiros *organismos intermediários*. Na atualidade existem vários outros grupos e órgãos que possuem legitimidade para pleitear a tutela dos direitos coletivos e difusos como, por exemplo, as associações

(organizações não governamentais - ONGs), a Defensoria Pública e o Ministério Público.

A *descoberta* dessa nova categoria de direitos também traz conseqüências no plano jurisdicional. A doutrina brasileira, por exemplo, volta-se para o estudo das ações de classe (*Class Action*) do direito americano, que permitem uma *substituição processual*, isto é, a postulação do direito de todos os componentes da classe por apenas um dos lesados, desde que presentes determinados requisitos.

Referida forma de se pleitear a tutela jurisdicional é desvinculada da tradicional legitimidade ordinária (art. 6º do CPC), em que é imprescindível a presença de todos os titulares dos direitos discutidos em juízo.

Também é importante ser mencionado o aspecto histórico que propiciou o surgimento dos organismos intermediários (entre Estado e indivíduo) postulantes de direitos.

Num primeiro momento histórico não se admitia a reunião de homens em grupos menores, em pequenas coletividades, em corporações, porque se entendia que isso era prejudicial à ordem social. Na verdade, referidos agrupamentos intermediários representam uma *ameaça às instituições*, de tal forma que não eram reconhecidos pelo direito.

Conforme Péricles Prade⁷⁸, “essa ideologia consagrou o dualismo Estado-Sociedade (o Estado como único titular do interesse público e a sociedade composta pelo agregado de indivíduos titulares exclusivamente de interesses individuais), a

⁷⁸ *Conceito de interesses difusos*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 29.

legislação, a doutrina jurídica e a jurisprudência não supunham qualquer espécie de interesse coletivo ou difuso”.

Só mais tarde é que a ideologia dicotômica é superada, pois invencíveis os inúmeros problemas doutrinários e incontestável a realidade social que não mais pode ignorar a existência de grupos sociais que se posicionam entre o Estado e a sociedade.

2.2. Os diferentes regimes jurídicos

O interesse privado é submetido ao regime jurídico de direito privado, em que vigoram os princípios da autonomia privada e da igualdade (formal) das partes envolvidas na relação jurídica.

Interesse público, por sua vez, é aquele que se submete ao regime jurídico de direito público, ou seja, em que vigoram os princípios da indisponibilidade dos interesses e o da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

E a qual regime se submetem os direitos e interesses de terceira categoria (coletivos)? De se lembrar que o interesse coletivo é titularizado por uma categoria, por uma comunidade menor de indivíduos. Além desses interesses coletivos no sentido estrito, existem os interesses difusos, cujos titulares são indetermináveis, referem-se a uma *massa* de pessoas.

Um dos objetivos do presente trabalho é exatamente este, tentar demonstrar que há um regime jurídico próprio ao qual se submetem os direitos difusos e coletivos. É evidente que será privilegiado o aspecto processual, ou seja, será dado ênfase ao estudo das *ações coletivas*.

2.3. As características dos *novos direitos*

Os interesses difusos apresentam algumas características peculiares, sobretudo porque os seus titulares não estão associados, agrupados. Aliás, o agrupamento seria muito difícil, pois eles envolvem uma quantidade indeterminada de indivíduos. No dizer da doutrina, referidos direitos também envolvem inúmeros conflitos, pois há o choque natural dos interesses do Estado e da coletividade. Outra característica importante dos mencionados direitos é o fato de que uma lesão a um interesse difuso (ao meio ambiente, por exemplo) atinge um número muito significativo de pessoas.

De todas essas características acima examinadas, a mais importante, sem dúvida, que justifica o estudo dos direitos difusos, é a possibilidade da produção de lesões em massa, que atingem grande e indeterminado número de pessoas.

Nesse sentido é a opinião de Péricles Prade⁷⁹: “A natureza extensiva e mal circunscrita das lesões ocasionadas constitui a mais relevante característica dos interesses difusos, situando-se no pedestal de sua problemática jurídica que é, precisamente, a criação de eficazes instrumentos para a tutela jurisdicional”.

As características podem ser assim resumidas, sem a pretensão de serem esgotadas:

- a) interesses difusos são titularizados por um número indeterminável de pessoas;
- b) as pessoas podem estar ligadas por vínculos fáticos decorrentes de um mesmo evento;
- c) não há entre as pessoas vínculos associativos;

⁷⁹ *Conceito*, cit., p. 30.

- d) as lesões são produzidas em massa;
- e) direitos difusos são conflituosos.

2.4. As gerações de direitos

Os direitos difusos são apontados por alguns juristas como sendo direitos de terceira geração.

Impossível deixar de transcrever as lições de Norberto Bobbio⁸⁰: “Do ponto de vista teórico, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas(...). A liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade políticas e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos. Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea

⁸⁰ *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-6.

e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas 'já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação? Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie”.

Podemos, pois, sintetizar as gerações dos direitos fundamentais:

1ª Geração: direitos de liberdade (liberdades individuais civis e políticas). Fase do constitucionalismo. Têm um caráter negativo, no sentido de que são direitos exercidos contra o Estado, para que ele se abstenha de agir em certas situações.

2ª Geração: direitos sociais. Surgem no século XX como direitos exercidos contra o Estado, cobrando uma atuação positiva deste no sentido de propiciar o bem-estar social.

3ª Geração: direitos difusos. Basicamente, direitos do consumidor e do meio ambiente. Podem ser positivos ou negativos, pois a proteção do meio ambiente, por exemplo, pode exigir tanto uma atuação positiva do Estado (fazer alguma coisa) como uma abstenção (não fazer alguma coisa).

4ª Geração: direitos relativos à manipulação genética. Também podem ser positivos ou negativos.

2.5. O necessário reexame dos institutos processuais

Com a *terceira geração de direitos*, inúmeros conceitos clássicos do direito processual civil precisam ser reexaminadas, *revisitados* como proferem alguns.

A propósito, como lecionam Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Nery⁸¹, “já antes mesmo da Segunda Guerra Mundial, nos países mais desenvolvidos (EUA e Europa), essas transformações levaram a desencadear verdadeiras pressões na busca de novos direitos (direitos coletivos e difusos), que acabaram por fazer perceber que o sistema processual clássico e

⁸¹ *Direito processual ambiental brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 86.

tradicional, baseado no individualismo era por demais insuficiente para dirimir toda essa problemática do fenômeno da ascensão das massas, que trouxe consigo gravames de ordem jurídica (pela própria concepção individualista dele), posto que esta não estava apta a resolvê-los com os seus remédios tradicionais”.

Oportunas, também, as advertências de Teresa Arruda Alvim⁸², quando trata de aspectos das ações coletivas: “Rigorosamente se está diante de um *novo processo civil*, de um *outro* processo civil, diferente daquele com que lidamos no dia a dia e que nos é familiar.

Assim, só uma mentalidade de certo modo ‘conformada’ com a necessidade de se abandonarem os padrões tradicionais do processo é capaz de ser receptiva e, portanto, entender esse novo processo, engendrado para regular uma outra faceta da realidade, que talvez possa ser eleita como a nota mais marcante das sociedades do nosso tempo. A época contemporânea, de fato, parece caracterizar-se por ser um momento histórico em que as massas definitivamente passaram a organizar-se, para poder fazer parte da sociedade institucionalizada (...).

O CDC e o sistema das ações coletivas são o reflexo dessa situação social no plano do direito e especificamente no campo do processo civil. Claro está, então, que não se pode aplicar muitas das categorias tradicionais a isto que chamo de um *novo* processo. As alterações havidas dizem respeito à legitimidade, à coisa julgada, à prova, à forma de execução etc. É imprescindível observar-se que do CDC e da Lei da Ação Civil Pública emerge toda a sistemática das ações coletivas do Direito Brasileiro (tendo-se no

⁸² “Noções gerais sobre o processo no código do consumidor”, in *Direito do Consumidor n° 10*, SP: Revista dos Tribunais, abril/junho – 1994, p. 248.

CPC fonte subsidiária), e não só aquela relativa às ações que dizem respeito ao consumidor”.

Vê-se, pois, a importância do estudo dos direitos difusos e coletivos e, portanto, das ações coletivas, principalmente com o objetivo de que possam ser efetivamente tutelados em juízo.

Nesse sentido a magnífica lição de Bobbio⁸³: “O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

2.6. Pequena síntese da evolução da tutela coletiva no Brasil

A partir do momento em que se firmou a idéia de que superada é a divisão dos direitos em apenas duas categorias de direitos (direito público e direito individual), há que se pensar na forma de se tutelar os *novos direitos*.

O fim da dicotomia clássica decorreu da constatação da existência de uma nova categoria de direitos, uma terceira categoria, referente a direitos de massa, chamados de direitos coletivos em sentido amplo, englobando os direitos que são efetivamente coletivos (difusos e coletivos) e os direitos individuais homogêneos, que não são coletivos mas podem ser tutelados de forma coletiva.

⁸³ A era dos direitos, cit., p. 25.

A ação civil pública, regulada pela Lei n. 7.347/85, foi um marco no direito processual brasileiro, considerando que ampliou a legitimidade para a defesa desses direitos coletivos, rompendo com o mecanismo da legitimidade ordinária do Código de Processo Civil (art. 6º).

Pela sistemática do processo civil brasileiro havia dificuldade para a tutela dos direitos transindividuais, mesmo porque não era permitida a defesa de direito alheio em nome próprio. Por outras palavras, não era possível que uma entidade pleiteasse em juízo a defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, pois ninguém poderia agir, em seu nome, na defesa de direitos alheios.

A Lei n. 7.347/85 *democratiza* o acesso à justiça, enunciando uma série de legitimados para a defesa dos *novos direitos*. É verdade que a democratização não é plena, pois o cidadão, individualmente, não é admitido em juízo na defesa de direitos transindividuais. Uma pessoa, isoladamente, não é um representante adequado para a tutela de direitos que transcendem a sua pessoa. Há, na verdade, uma grande preocupação do Estado com a outorga de legitimidade a qualquer pessoa. Nem mesmo as associações são plenamente legitimadas, pois a lei impõe a elas determinados requisitos como, por exemplo, a constituição há mais de ano.

De qualquer forma, a ampliação da legitimidade *ad causam* foi um passo adiante na tutela dos novos direitos. Passaram à condição de legitimados: o Ministério Público, a União, os Estados e os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações. Com relação ao terceiro setor (associações não governamentais) exigiu-se a

constituição há pelo menos um ano e a inclusão, entre as suas finalidades, da proteção aos direitos coletivos.

A ação civil pública foi pensada como uma ação não penal promovida pelo Ministério Público. Como constata Édis Milaré⁸⁴, “ao que se sabe, a primeira referência expressa à locução ‘ação civil pública’, em sede legislativa, foi feita pela Lei Complementar Federal nº 40, de 14 -12 -1981, que, ao estabelecer as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, dispôs ser função institucional do *Parquet* a promoção da ação civil pública, nos termos da lei (art. 3º, III). O legislador paulista, ao editar a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar n. 304, de 28-12-1982), a ela se referiu no art. 41, I, para dizer que a sua promoção se encarta nas atribuições do Promotor de Justiça Curador Judicial de Ausentes e Incapazes”.

Todavia, com a edição da Lei n. 7.347/85 a ação civil pública não pode ser considerada como ação não-penal promovida pelo Ministério Público. A legislação foi muito além, dando à mencionada ação a característica de um mecanismo jurisdicional de tutela dos interesses transindividuais, utilizável por diversos órgãos e entidades.

No início, porém, a ação civil pública passou a ser mais utilizada pelo Ministério Público. Na atualidade essa importante ação é manuseada com muito sucesso por diversas associações.

Como não poderia deixar de ser, a sociedade brasileira e, principalmente, a comunidade jurídica tem adquirido experiência na utilização desse importantíssimo mecanismo de tutela jurisdicional de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

⁸⁴ *A ação civil pública na nova ordem constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 4.

A importância adquirida pela ação elevou-a ao patamar constitucional, tanto que a Constituição Federal de 1988 fez referência expressa à mencionada ação (CF, art. 129).

Também o objeto da ação civil pública sofreu ampliação. Com efeito, a Lei n. 8.078/90, que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor, determinou a inclusão do inciso IV ao texto da Lei n. 7.347/85, de tal forma que a ação pode ser utilizada na defesa de *qualquer interesse difuso ou coletivo*.

Aliás, o CDC representou outro importantíssimo passo na efetiva tutela de direitos coletivos, pois estabeleceu, dentre outras coisas, um liame entre as leis (art. 90 do CDC) e sistematizou a tutela jurisdicional coletiva de direitos individuais (desde que homogêneos).

Entre a lei que instituiu a Ação Civil Pública e a lei que instituiu o Código do Consumidor existiram outras importantes leis e, portanto, relevantes conquistas. Todavia, são dois momentos fundamentais para a tutela e proteção dos direitos coletivos (*lato sensu*).

O CDC fixou alguns conceitos importantes e trouxe inúmeros avanços:

a) optou pelo termo transindividuais, embora se reconheça que são sinônimos os termos supra-individuais e metaindividuais. Todos expressam a idéia de interesses e direitos que vão além do indivíduo isoladamente, além do particular;

b) também tratou como sinônimos os termos *interesses* e *direitos*. A propósito, Kazuo Watanabe⁸⁵ esclarece que “a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os

⁸⁵ Código brasileiro de defesa do consumidor, São Paulo: Forense Universitária, 1993, p. 503.

'interesses' assumem o mesmo *status* de 'direitos', desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”;

c) permitiu um grande avanço ao criar a possibilidade de proteção judicial dos direitos individuais homogêneos por meio de ação coletiva. Podemos encontrar o principal motivo dessa inovação na lição de Kazuo Watanabe⁸⁶: “O legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem das relações geradas pela economia de massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo deve operar também como instrumento de mediação dos conflitos sociais neles envolvidos e não apenas como instrumento de solução de lides. A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas - átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à Justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras sócio-culturais, evita a sua banalização pela técnica da fragmentação e conferir peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos”;

d) estabelece a interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública (LACP) que, juntos, formam aquilo que é denominado de *microsistema* do processo coletivo. Ou seja, o CDC e a LACP são mecanismos legais que se integram e se complementam para uma tutela mais efetiva dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Um dos pontos mais importantes do Código de Defesa do Consumidor, sem dúvida, foi permitir a tutela coletiva de direitos

⁸⁶ Código brasileiro, cit., p. 497-498.

individuais, desde que mencionados direitos individuais sejam homogêneos, isto é, decorram de uma idêntica situação fática ou jurídica.

Estamos na iminência de um novo passo legislativo importante, pois a comunidade jurídica está envolvida na discussão do Código Brasileiro de Processos Coletivos. A proposta será comentada em tópico destacado.

2.7. Direitos coletivos no sentido lato e no sentido estrito

A doutrina já se consolidou no sentido de que existem duas categorias de direitos passíveis de tutela por ações coletivas.

De qualquer forma, antes de se passar ao estudo mais detalhado dos direitos e interesses coletivos, importante consignar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário n. 213.015/DF⁸⁷, em acórdão do qual foi relator o Ministro Néri da Silveira, assentou que, “independentemente de a própria lei fixar o conceito de interesse coletivo, é conceito de Direito Constitucional, na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesses que compete ao Ministério Público defender (CF, art. 129, III)”.

Por isso, a tutela dos direitos transindividuais, pela sua importância, é determinada pela Constituição Federal.

Sobre os direitos transindividuais, podemos observar que, de um lado, existem os direitos que realmente são coletivos, isto é, os direitos difusos e coletivos são direitos essencialmente coletivos;

⁸⁷ Julgamento ocorrido em 08/04/2002 e publicado no DJ do dia 24-05-2002, p. 69.

de outro lado, existem os direitos individuais homogêneos que não são direitos coletivos, mas apenas podem ser tutelados coletivamente.

Kazuo Watanabe⁸⁸ bem analisa a questão: “A tutela coletiva abrange dois tipos de interesses ou direitos de natureza coletiva: a) os essencialmente coletivos, que são os ‘difusos’, definidos no inc. I do parágrafo único do art. 81, e os ‘coletivos’ propriamente ditos, conceituados no inc. II do parágrafo único do art. 81; b) os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, que são os ‘individuais homogêneos’, definidos no inciso III do parágrafo único do art. 81. O legislador preferiu defini-los para evitar que dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categorias jurídicas, possam impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas ou seus sucessores”.

Como se percebe, importante a fixação de conceitos, evitando-se a confusão entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os diferentes direitos e interesses são conceituados legalmente, pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

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

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

⁸⁸ Código brasileiro, cit., p. 503.

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

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

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

Existem, portanto, três ordens de interesses/direitos.

No sentido amplo, existem os interesses que são essencialmente coletivos: os difusos e os coletivos no sentido estrito.

Os interesses ou direitos difusos têm como grande característica a sua natureza indivisível. Ou seja, pessoas indeterminadas e indetermináveis são titulares do mesmo direito. Por exemplo, todos os indivíduos são titulares, da mesma forma, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O desequilíbrio ecológico decorrente de uma atividade poluidora atinge, indistintamente, um número indeterminável e significativo de pessoas.

O interesse coletivo, no sentido estrito da palavra, pertence a uma categoria de pessoas, a um determinado grupo social, sendo constatável um prévio vínculo entre os membros do grupo. A definição legal, porém, amplia o significado de direito coletivo para abranger a categoria ou classe de pessoas ligadas a uma mesma parte contrária por força de uma origem comum.

Assim, podem ser considerados direitos coletivos aqueles que pertencem a uma categoria de pessoas, mesmo que não haja uma união prévia dessas pessoas. A organização das pessoas pode não ser prévia, mas posterior, quando diante de determinado evento resolvem unir-se em torno de uma entidade representativa. Há sempre, porém, uma mesma relação jurídica base.

A principal distinção entre direitos difusos e coletivos é o fato da determinabilidade ou não dos titulares. Os direitos difusos são essencialmente titularizados por pessoas indetermináveis.

Os interesses difusos são interesses que pertencem a uma pluralidade de sujeitos não associados, ao contrário dos direitos coletivos, que pertencem a um agrupamento determinável de pessoas.

Frise-se: no caso de interesses difusos há ausência de vínculo associativo, pois eles envolvem uma quantidade indeterminada de pessoas, sendo a individualização dos titulares impossível.

De fato, os interesses difusos surgem da ocorrência de lesões que afetam um número muito grande de pessoas, sendo que a única ligação entre essas pessoas decorre de uma situação de fato idêntica.

Kazuo Watanabe⁸⁹ explica que “na conceituação dos interesses ‘difusos’, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo”.

São exemplos de interesses difusos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o interesse na coibição de

⁸⁹ Código brasileiro, cit., p. 504/505.

uma publicidade enganosa e o interesse na rotulagem adequada de produtos fornecidos aos consumidores.

No caso de tutela de direitos difusos, a sentença proferida na ação coletiva fará coisa julgada *erga omnes* (art. 103, I, do CDC).

O CDC, no art. 81, III, conceituou o interesse/direito individual homogêneo como sendo aquele que decorre de uma origem comum. Os interesses individuais homogêneos não têm como característica a indivisibilidade e a transindividualidade.

Todavia, o direito/interesse individual homogêneo pode decorrer de uma lesão difusa ou coletiva. Por exemplo, as vítimas de uma propaganda enganosa que adquiriram determinado produto perigoso têm uma idêntica causa de seus danos. Porém, como é possível identificar a parcela que cabe a cada vítima, não há que se falar em indivisibilidade dos interesses. Afinal, as lesões individuais são quantificadas de forma diferente. A grande novidade foi a autorização do CDC para que essas vítimas se reúnam e pleiteiem a tutela de seus direitos individuais coletivamente. Nesse caso, obterão uma condenação genérica do responsável pelos danos, mas terão que, num segundo momento, fazer prova do seu direito individual, *habilitando-se* numa fase de liquidação dos danos.

O legislador utilizou-se de dois critérios para diferenciar os diversos direitos/interesses, conforme nos ensina Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida⁹⁰: “O direito positivo elegeu basicamente dois critérios para caracterizar e diferenciar as três modalidades de direitos e interesses meta ou transindividuais: 1) um critério objetivo, relativo à indivisibilidade ou divisibilidade do objeto (bem jurídico); e 2) um critério subjetivo, referente à

⁹⁰ “Direitos e interesses individuais homogêneos: a “origem comum” e a complexidade da causa de pedir. Implicações na legitimidade *ad causam* ativa e no interesse de agir do Ministério Público”, in *Revista da Faculdade de Direito da PUC/SP*, São Paulo: Método, 1º semestre de 2001, p. 92.

indeterminabilidade ou determinabilidade dos titulares, que estão ligados por 'circunstâncias de fato', por uma 'relação jurídica-base' ou pela 'origem comum': são os elementos comuns que justificam e possibilitam a tutela jurisdicional coletiva".

Podemos elaborar um quadro comparativo:

DIREITOS	DIFUSOS	COLETIVOS	INDIV. HOMOG.
OBJETO	INDIVISÍVEL	INDIVISÍVEL	DIVISÍVEL
TITULARES	PESSOAS INDETERMINÁVEIS	GRUPO, CATEGORIA OU CLASSE	PESSOAS DETERMINÁVEIS
ELEMENTO COMUM	Ligados por circunstâncias de fato	Ligados por uma relação jurídica- base	Origem comum

Deve ser frisado que a diferenciação entre direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, contudo, não é tarefa fácil.

Como salienta Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida⁹¹, "as muitas confusões que na prática ocorrem entre direitos coletivos e individuais homogêneos são fruto de não se atentar adequadamente para o tipo de tutela jurisdicional pleiteada e para o tipo de bem jurídico (indivisível/divisível) que se está pretendendo tutela (pedidos imediato e mediato)".

Nos direitos coletivos há um vínculo jurídico, uma relação jurídica base, que liga as vítimas, entre si ou com a parte contrária.

⁹¹ Direitos e interesses individuais homogêneos, cit., p. 93.

No caso de direitos individuais homogêneos não há essa ligação. Portanto, como anota Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida⁹², “o traço decisivo dos interesses ou direitos ‘coletivos’ é o fato de sua organização”.

A autora⁹³ arremata: “É o exame da pretensão material, verificando-se a natureza (indivisível ou divisível) do bem jurídico tutelado, e a análise do tipo de tutela jurisdicional pretendida que vai definir, no caso concreto, se está em jogo a tutela de direitos e interesses coletivos ou individuais homogêneos, ou de ambos (cumulação de pedidos)”.

2.8. Jurisdição coletiva

A *função jurisdicional* existe para solucionar casos, resolver litígios, tutelando o direito objetivo ou o direito subjetivo das partes ou interessados e aplicando, imperativamente, as regras jurídicas.

Por meio dessa função, o Estado se compromete a dar soluções (respostas) para litígios entre pessoas determinadas ou mesmo entre um número indeterminável de pessoas.

Quando uma pretensão coletiva é endereçada a um órgão jurisdicional, por meio de um ente legitimado pela lei, o Judiciário prestará uma jurisdição coletiva, de tal forma que por meio de uma única sentença poderá tutelar inúmeras situações.

Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁴, “sob os vários canais em que se expressam na Justiça os interesses metaindividuais, constata-se que a *Jurisdição* que os recepciona

⁹² Direitos e interesses individuais homogêneos, cit., p. 97.

⁹³ Direitos e interesses individuais homogêneos, cit., p. 98.

⁹⁴ *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 80.

(contencioso objetivo de constitucionalidade; ações civil pública e popular; mandado de segurança coletivo; ações coletivas de entidades associativas; mandado de injunção) apresenta peculiaridades e finalidades que a singularizam. Numa palavra, a Jurisdição coletiva possibilita a otimização dos comandos judiciais, mercê do tratamento *molecular* dos conflitos, na consagrada expressão de Kazuo Watanabe, assim ensejando o tratamento isonômico aos jurisdicionados e prevenindo a pulverização do conflito em múltiplas e repetitivas ações individuais”.

Assim, a grande característica da jurisdição coletiva é o fato do tratamento de inúmeras situações jurídicas por meio de um único processo, de uma única sentença.

2.9. Direito processual coletivo e a proposta de um Código Brasileiro de Processo Coletivo

O direito processual coletivo é, inegavelmente, um novo ramo do direito processual, tanto que apresenta regras e princípios próprios.

O microssistema do processo coletivo é formado, principalmente, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), e complementado por inúmeras outras leis.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a existência do referido microssistema, afirmando expressamente seu fundamento constitucional. Com efeito, no julgamento do recurso especial n. 474.475/SP⁹⁵, afirmou-se, sobre a tutela da moralidade

⁹⁵ Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento ocorrido em 16/12/2003 e publicado no DJ do dia 25.02.2004, p. 102.

administrativa: “O atual microssistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje composto pela Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser veiculada por meio de Ação Popular”.

Em breve teremos um Código de Processo Coletivo.

Ada Pellegrini Grinover⁹⁶, ao revisitar os princípios fundamentais do processo, acaba por demonstrar que “muitos dos princípios gerais do direito processual assumem feição própria no processo coletivo, apontando para a existência de diferenças substanciais”.

Em relação ao princípio da participação, a autora⁹⁷ ensina que: “Enquanto no processo civil individual a participação se resolve na garantia constitucional do contraditório (*participação no processo*), no processo coletivo a participação se faz também pelo processo (...). Enquanto no primeiro o contraditório é exercido diretamente, pelo sujeito da relação processual, no segundo - o processo coletivo - o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos. Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior *pelo processo*, e uma participação menor *no processo*: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pela chamado ‘representante adequado’”.

⁹⁶ *Direito processual coletivo*, in Tutela coletiva, Coord. de Paulo Henrique dos Santos Lucon, São Paulo:Atlas, 2006, p. 306.

⁹⁷ *Direito processual*, cit., p. 304-305.

Por isso é inegável a existência desse novo ramo do direito processual.

Como principais características do processo coletivo podemos citar:

- as peculiaridades referentes à legitimidade: no processo individual não é possível a defesa de direito alheio em nome próprio (art. 6º do CPC), o que não ocorre no processo coletivo, em que os titulares do direito não estão em juízo, mas sim aqueles *representantes adequados* escolhidos pela lei (como, por exemplo, o Ministério Público e as associações) ou assim reconhecidos pelo juiz;

- o tratamento específico da coisa julgada e dos efeitos da sentença: no processo coletivo é indispensável (ou natural) a extensão dos efeitos da coisa julgada àqueles que tiveram seus direitos defendidos em juízo pelos representantes adequados. Por isso existem normas e regras específicas sobre a eficácia da coisa julgada;

- outra característica fundamental apontada por Ada Pellegrini Grinover⁹⁸ refere-se à maior flexibilidade na interpretação que ocorre no processo coletivo: "As normas que regem o processo coletivo, ao contrário, devem ser sempre interpretadas de forma aberta e flexível - há disposição expressa nesse sentido no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - e o juiz encontrará nelas sustentáculo para uma postura menos rígida e formalista".

⁹⁸ *Direito processual*, cit., p. 306.

Como bem aponta Gregório Assagra de Almeida⁹⁹, “a tentativa de utilização impensada dos institutos do direito processual civil clássico para dar resposta às tutelas jurisdicionais coletivas só resultou em barreiras à proteção dos direitos ou interesses coletivos primaciais à sociedade, o que flagrantemente contraria a concepção de Estado Democrático de Direito - que é o *Estado da Justiça Material* ou também *Estado da Transformação da Realidade Social* - adotada no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Daí a necessidade de sistematização do *direito processual coletivo* como novo ramo do direito processual e como instrumento fundamental de proteção e de efetivação material potencializada do Estado Democrático de Direito”.

Considerando que a tutela coletiva jurisdicional apresenta uma série de peculiaridades, que o Código de Processo Civil sempre foi considerado um obstáculo à efetiva tutela dos direitos coletivos *lato sensu* e que há necessidade de unificar a legislação processual que trata de ações coletivas, a doutrina tem sustentado a necessidade de um Código de Processo Coletivo.

Aliás, já foi elaborado o Anteprojeto do CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS, prevendo, em seu art. 1º, como será exercida a tutela jurisdicional coletiva: será exercida por meio da ação coletiva ativa (Capítulo II, Seções I e II), da ação coletiva passiva (Cap. III), do mandado de segurança coletivo (Capítulo IV) e das ações populares (Capítulo V, Seções I e II), sem prejuízo de outras ações criadas por lei.

⁹⁹ *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 138.

2.10. Processo coletivo: comum e especial

De início queremos firmar o conceito de que processo coletivo é aquele que tem por objeto a discussão de um direito transindividual. Essa é a nota característica do processo coletivo. Os aspectos da legitimidade, da eficácia da coisa julgada são características do processo coletivo, mas não essenciais.

Assim a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰⁰: “Um processo é coletivo (e portanto passível de manejo na correspondente jurisdição) quando a finalidade perseguida diz com a tutela de um *interesse metaindividual* (difuso, coletivo em sentido estrito, individual homogêneo, conceituados no art. 81 da Lei 8.078/90), não bastando para tal configuração processual a circunstância de figurarem dentre os co-legitimados ativos os entes políticos e o Ministério Público”.

Portanto, na essência, processo coletivo é o que tem por objeto um direito metaindividual, ou seja, o processo que se forma em face da propositura de uma ação coletiva que pleiteia a defesa de um direito coletivo (em sentido amplo: difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo).

No que se refere à divisão do processo coletivo, adotamos integralmente a terminologia proposta por Gregório Assagra de Almeida¹⁰¹, quando afirma a existência de dois processos coletivos: o comum e o especial.

Por isso, pedimos licença para transcrever a lição do autor: “Para a tutela jurisdicional de um interesse ou direito coletivo é imprescindível a existência de um *direito processual coletivo*. Caso

¹⁰⁰ *Processo coletivo - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 58-59.

¹⁰¹ *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 139-140.

contrário, a *forma* e precisamente o *instrumento* não corresponderão aos anseios e às necessidades do objeto.

Mas é precisamente no campo do *objeto* que o *direito processual coletivo* divide-se em *direito processual coletivo especial* e *direito processual coletivo comum*.

Quanto ao *objeto formal*, observa-se que existe um conjunto de instrumentos, princípios e regras processuais próprios para o *direito processual coletivo especial*, que se diferencia peculiarmente por se destinar à tutela jurisdicional exclusivamente do *direito objetivo*. Esse conjunto seria formado, v. g., pela ação direta de inconstitucionalidade, pela ação direta declaratório de constitucionalidade e outros instrumentos processuais inseridos no controle concentrado de constitucionalidade.

Da mesma forma, existe um conjunto de instrumentos, princípios e regras processuais próprios para o *direito processual coletivo comum*, que se destina à tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo em sentido amplo. Esse conjunto de disposições processuais é formado por uma gama enorme de ações e princípios constitucionais como, v. g., a ação popular (art. 5º, LXXIII), a ação civil pública (art. 129, III), e no plano infraconstitucional pelo microssistema de tutela jurisdicional coletiva decorrente da completa interação existente entre a Lei da Ação Civil Pública (art. 21 da Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 90 da Lei n. 8.078/90)“.

2.11. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos

Neste momento, é fundamental lembrar-se da advertência do Ministro Teori Albino Zavascki¹⁰² e não confundir a tutela de direitos coletivos com a tutela coletiva de direitos: “É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. ‘Direito coletivo’ é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado (...).

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de *homogêneos* não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles”.

¹⁰² *Processo coletivo - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 41-42.

Aliás, adotamos plenamente a classificação do citado autor¹⁰³, em relação aos mecanismos de tutela jurisdicional, divididos em três grandes grupos:

“(a) mecanismos para *tutela de direitos subjetivos individuais*, subdivididos entre (a.1) os destinados a tutelá-los individualmente pelo seu próprio titular (disciplinados, basicamente, no Código de Processo) e (a.2) os destinados a tutelar coletivamente os direitos individuais, em regime de substituição processual (as ações civis coletivas, nelas compreendido o mandado de segurança coletivo); (b) mecanismos para *tutela de direitos transindividuais*, isto é, direitos pertencentes a grupos ou a classes de pessoas indeterminadas (a ação popular e as ações civis públicas, nelas compreendida a chamada ação de improbidade administrativa); e (c) instrumentos para *tutela da ordem jurídica*, abstratamente considerada, representados pelos vários mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas”.

2.12. Ações coletivas

Diverge a doutrina sobre o emprego da terminologia *ação coletiva*. Por isso, é conveniente que fixemos o nosso entendimento desde logo, a fim de que o leitor fique advertido do sentido em que é empregada no decorrer do texto.

Muitos a reservam para a ação que versa sobre direitos individuais homogêneos de consumidores, considerando o fato de que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), ao regulamentar a tutela dos direitos individuais homogêneos, previu

¹⁰³ *Processo coletivo*, cit., p. 27.

que a defesa do consumidor em juízo pode ser feita por meio de *ações coletivas* (art. 91 e s.).

Sendo assim, alguns doutrinadores preferem chamar de ação coletiva aquela que versa sobre os direitos individuais homogêneos dos consumidores. As demais pretensões, que versem sobre direitos difusos e coletivos, devem, segundo esse entendimento, ser veiculadas pela *ação civil pública* disciplinada pela Lei n. 7.347/85.

João Batista de Almeida¹⁰⁴, por exemplo, é partidário da dicotomia e aponta uma série de semelhanças e diferenças entre a *ação coletiva* e a *ação civil pública*: “algumas afinidades e muitas divergências possuem a ação civil pública e a ação coletiva. Ambas as ações convergem no sentido de propiciarem a defesa do consumidor em juízo, a título coletivo, mas são ações distintas e destinadas a situações diversas. A ação civil pública foi criada pela Lei 7.347, de 1985, enquanto a ação civil coletiva surgiu no Código de Defesa do Consumidor, em 1990. O campo de utilização da ação civil pública é mais amplo do que aquele reservado à ação civil coletiva, pois, enquanto a primeira pode ser usada na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (estes de interesse público e relevância social, quando o autor for o Ministério Público), a ação civil coletiva só pode ser usada para a defesa dos direitos individuais homogêneos (CDC, art. 91), não se prestando para a defesa de interesses difusos ou coletivos. Vários bens tutelados podem ser protegidos pela via da ação civil pública, dentre eles o meio ambiente, o patrimônio cultural, o patrimônio público e social, as populações indígenas, a criança e o adolescente etc., ao passo que a ação civil coletiva protege especificamente o

¹⁰⁴ *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

consumidor por danos individualmente sofridos (CDC, art. 91), e não alcança outros bens tutelados como aqueles anteriormente enumerados. Não se admite o litisconsórcio do indivíduo lesado na ação civil pública, mas isso é perfeitamente viável na ação coletiva, em que a pessoa lesada não apenas pode ser admitida como litisconsorte do autor, como pode promover a execução. O objeto da ação civil pública é uma obrigação de fazer ou não fazer ou uma condenação em dinheiro, ao passo que na ação civil coletiva o objeto só pode ser uma condenação genérica que possibilite fixar a responsabilidade do fornecedor pela indenização do dano patrimonial e moral causado à pessoa lesada. Na ação civil pública, como regra, em se tratando de interesses difusos e coletivos, a condenação em dinheiro é destinada ao fundo de reconstituição de bens lesados, enquanto na ação civil coletiva reverte em favor das próprias vítimas do fato danoso. Por último, não se cogita de habilitação na ação civil pública, o que necessariamente tem de existir na ação coletiva, para que os interessados demonstrem o dano individualmente sofrido, sua extensão e o nexo causal em face da conduta do fornecedor e, desse modo, possam obter o ressarcimento pretendido”.

José Marcelo Menezes Vigliar¹⁰⁵, de outro lado, conclui que ação coletiva e ação civil pública significam o mesmo e idêntico fenômeno: “não há como sustentar seja a ação coletiva um gênero, do qual a ação civil pública seja uma espécie. É plenamente possível a utilização de uma expressão pela outra. Ambas não deveriam existir, pois ação não deve ser adjetivada”.

¹⁰⁵ “Ação civil pública ou ação coletiva?”, in *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*, Coord. Edis Milaré, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 411-412.

Argumenta o autor¹⁰⁶ que “a Lei 8.078/90 criou uma reciprocidade com a Lei 7.347/85. O art. 90 do CDC prevê que para a tutela dos interesses expressos no seu art. 81 (integrante, assim como o art. 90 e os seguintes até o art. 104 do Título III da Lei 8.078/90), portanto, também os interesses individuais homogêneos (art. 81, III) é aplicável a Lei 7.347/85 (a Lei da Ação Civil Pública)”.

No presente trabalho, a expressão *ações coletivas* indica um gênero que abrange todas as ações da chamada *tutela jurisdicional coletiva*, sendo a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e outros, espécies do gênero *ações coletivas*.

Por isso nos parece correta a elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, pois existem diversas *ações coletivas* e a regulação por leis esparsas traz uma série de inconvenientes.

Aliás, o anteprojeto em discussão, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (vide texto no anexo), estabelece, em seu capítulo I, regras para as *demandas coletivas*.

No art. 1º dispõe sobre a *tutela jurisdicional coletiva*, estabelecendo que *a tutela jurisdicional coletiva é exercida por intermédio da ação coletiva ativa (Capítulo II, Seções I e II), da ação coletiva passiva (Cap. III), do mandado de segurança coletivo (Capítulo IV) e das ações populares (Capítulo V, Seções I e II), sem prejuízo de outras ações criadas por lei.*

Não somos adeptos, portanto, da restrição do emprego da expressão ação coletiva para as situações em que são defendidos direitos individuais homogêneos dos consumidores. Há ações

¹⁰⁶ *Ação civil pública*, cit., p. 412.

coletivas, como a ação civil pública, por exemplo, que tutela direitos difusos e coletivos (direitos coletivos *lato sensu*).

A pretensão de fixar uma terminologia é apenas no sentido de esclarecer o leitor. Não há a pretensão de verdade absoluta, inquestionável, mesmo porque, como adverte Antonio Gidi¹⁰⁷, é extremamente difícil o estabelecimento de um conceito de ação coletiva, mesmo porque “dizer, tão-somente, que ação coletiva é aquela proposta em defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos é incorrer em grave equívoco”.

O citado autor¹⁰⁸ assim define a ação coletiva: “a ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”.

Nesse contexto, a ação popular não seria, necessariamente, uma ação coletiva, considerando o fato de que há diferenças entre a ação coletiva e a ação popular.

Oportuna, nesse aspecto, a lição de João Batista de Almeida¹⁰⁹: “Confrontando-se a ação popular com a ação civil pública, verifica-se que possuem a principal afinidade de propiciar a tutela coletiva de bens protegidos. Distinguem-se, no entanto, em vários aspectos: a) legitimação ativa – na ação popular será sempre e unicamente o eleitor; na ação civil pública, a lei enumera os legitimados concorrentes, dentre eles órgãos públicos, Ministério Público e entidades civis; b) legitimação passiva – na ação popular será sempre uma entidade pública, a autoridade que praticou o ato ilegal e lesivo e os beneficiários diretos desse ato, ao passo que na

¹⁰⁷ *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15.

¹⁰⁸ *Coisa julgada*, cit., p. 16.

¹⁰⁹ *Aspectos controvertidos*, cit., p. 36.

ação civil pública o legitimado passivo pode ser órgão público, entidade civil, pessoa jurídica de direito privado ou pessoa física; c) adequação – a ação popular tem campo de utilização mais restrito, já que os bens tutelados vêm descritos no próprio texto constitucional, enquanto a ação civil pública é adequada para a defesa de bens descritos na CF (art. 129, III), como na Lei 7.347/85, no CDC e em vários outros diplomas legais”.

A *ação de improbidade* também desafia a doutrina, suscitando polêmicas.

Alguns argumentos são utilizados no sentido de que a ação de improbidade não seria uma ação civil pública. Por exemplo, afirma-se, fundamentalmente, que:

a) não seria defendido um interesse coletivo e sim o interesse da pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade;

b) haveria incompatibilidade do rito em relação ao rito da lei 7.347/85;

c) nas ações civis públicas a indenização teria como destino o Fundo previsto na Lei 7.347/85, o que não ocorre na ação de improbidade, em que a indenização reverte a favor da Fazenda Pública.

Não obstante os argumentos acima citados, a melhor orientação nos parece aquela que afirma tratar-se a ação de improbidade de uma espécie de ação coletiva, não sendo equivocada a utilização da expressão ação civil pública de improbidade, pois se trata de outra espécie de ação coletiva.

Quando o Ministério Público ajuíza a ação de improbidade, nada impede seja ela denominada de ação civil pública de

improbidade, como ensina Wallace Paiva Martins Júnior¹¹⁰: “A ação civil de que trata o art. 17 é pública porque, sendo a probidade administrativa interesse transindividual, indivisível e de titulares indeterminados, pertencendo à categoria dos difusos (cujos objetos são o patrimônio público e social e a moralidade administrativa), a ação que tende a protegê-lo, prevenindo e responsabilizando danos morais e patrimoniais, é a demanda molecular (a ação civil pública criada pela Lei Federal n. 7.347/85, art. 1º, IV, com o objeto ampliado pelo art. 129, III, da CF)”.

Também não deve ser esquecido que o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor ampliou o objeto da ação civil pública.

Com efeito, estabelece o art. 83 que, *para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*. E como se sabe e foi dito anteriormente, há uma perfeita integração entre a Lei 7.347/85 e a Lei 8.078/90.

Nesse sentido a lição de Carlos Alberto de Salles, citado por Wallace Paiva Martins Júnior¹¹¹: “A Lei Federal n. 7.347/85 limitava, é certo, a defesa dos interesses tratados aos provimentos de natureza condenatória, de valor em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º), excluindo a possibilidade de se lançar mão de remédios de natureza declaratória ou constitutiva. Essa limitação, entretanto, foi suprimida pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que permitiu o recurso a todas as ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, com aplicação extensiva à Lei da Ação Civil Pública”.

¹¹⁰ *Probidade administrativa*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 299.

¹¹¹ *Probidade*, cit., p. 300.

A ação de improbidade, portanto, é uma ação coletiva.

Para nós, a ação popular também é uma ação coletiva.

Considerando o exposto até aqui, somos forçados a assumir um conceito para a ação coletiva.

Antes, porém, queremos frisar que, no presente estudo, a expressão *ações coletivas* indica um gênero que abrange todas as ações da chamada *tutela jurisdicional coletiva*, sendo a ação civil pública, a ação coletiva do CDC, a ação de mandado de segurança coletivo e outras, espécies do gênero *ações coletivas*.

Quanto ao conceito de ação coletiva, entendemos que o essencial não está na legitimidade, pois da mesma forma que a lei hoje prevê um rol de legitimados, amanhã poderá alterar o critério, permitindo que a ação seja proposta por qualquer pessoa.

Aliás, o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos propõe, no art. 19, a legitimação de qualquer pessoa natural para a propositura de ação coletiva e não é por isso que a ação vai deixar de ser coletiva.

Na atualidade, a legitimidade para a propositura de ações coletivas apresenta peculiaridades, mas isso é uma característica das ações coletivas e não um elemento essencial.

A essência da definição está no objeto da ação, pois só há uma ação coletiva quando está em jogo a defesa de um direito coletivo (em sentido amplo).

Em função disso, a ação popular é uma ação coletiva, pois defende um direito difuso (patrimônio público ou o meio ambiente ecologicamente sadio).

E concordamos com Márcio Flávio Mafra Leal¹¹², quando afirma que “existem duas ações distintas sob o mesmo rótulo, que merecem tratamento teórico em separado.

O primeiro conceito é o das ações para a defesa de direitos individuais sob tratamento processual coletivo, que se denomina de ACDI: trata-se de uma ação de representação, em juízo, por uma ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) de direitos *individuais*, cujos titulares não figuram na relação processual, direitos estes que processualmente são tratados de maneira uniforme, como se fossem direitos de uma classe, em virtude da extensão da coisa julgada, que atinge todos os seus integrantes.

A outra ação coletiva também se vale de um modelo representativo de um direito alheio: o direito de uma comunidade, considerada como uma *unidade* sem personalidade jurídica, representada processualmente por um terceiro em virtude de lei ou por autorização judicial. A disciplina da extensão da coisa julgada, nesse caso, é desnecessária, em virtude de o direito material ser atribuído à comunidade e não a seus membros, ou, em outra perspectiva, aos membros enquanto inseridos no contexto comunitário. A essa ação, vai-se denominar *ação coletiva para a defesa de direitos difusos - ACDD*”.

Realmente é muito relevante a distinção entre as ações coletivas, pois são diversos os regimes jurídicos das ações coletivas que discutem um direito difuso e as ações coletivas que discutem direitos individuais homogêneos, pois num caso estamos diante de um direito/interesse essencialmente coletivo, enquanto que no outro não há um direito essencialmente coletivo, mas apenas a defesa coletiva de direitos individuais (vide o item 1.9).

¹¹² *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 43.

2.13. Ações coletivas e a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

No atual estágio do direito processual coletivo brasileiro é muito importante que sejam buscados os aspectos peculiares das diversas ações coletivas.

Entendemos que uma das mais importantes observações a ser feita para aqueles que se dedicam ao estudo do processo coletivo, é a de que as ações coletivas apresentam peculiaridades em função do objeto do processo.

Por outras palavras, quando uma ação coletiva tem por objeto a tutela de um direito difuso ela apresenta várias peculiaridades em relação à ação coletiva destinada à defesa de direitos individuais homogêneos.

E a perfeita identificação do objeto da ação é fundamental para que sejam evitadas confusões.

Podemos citar um exemplo: a extensão *erga omnes* da eficácia da coisa julgada nas ações que têm por objeto um direito difuso é *natural*, isto é, nem mesmo dependeria de disposição legal específica. Já no caso dos interesses individuais homogêneos, é crucial o dispositivo legal que defina o critério para a escolha do adequado representante da comunidade, que propicie uma opção aos representados de não se submeterem à eficácia da sentença proferida na ação coletiva, bem como que defina o regime da extensão da eficácia da coisa julgada.

Outro exemplo: nas ações que têm por objeto um direito difuso, a demanda é predominantemente injuncional e tem por objeto obrigações de fazer e de não fazer. No caso dos interesses

individuais homogêneos há predominância das sentenças condenatórias genéricas (art. 95 do CDC).

A distinção é importante e tem conseqüências práticas.

2.14. Ação coletiva passiva

O anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, ao dispor sobre a *tutela jurisdicional coletiva*, afirma que *a tutela jurisdicional coletiva é exercida por meio:*

- da ação coletiva ativa (Capítulo II, Seções I e II);
- da ação coletiva passiva (Cap. III);
- do mandado de segurança coletivo (Capítulo IV);
- das ações populares (Capítulo V, Seções I e II);
- por outras ações criadas por lei.

Inova, portanto, ao prever uma ação coletiva passiva que, no direito norte-americano, é conhecida como *defendant class action*.

No capítulo III está definida a ação coletiva passiva. O art. 36 prevê ações contra o grupo, categoria ou classe, estabelecendo que *qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 19, I, "a", "b" e "c"), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 3º) e a tutela se revista de interesse social*.

Ainda estabelece o art. 37 a coisa julgada passiva: *A coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo*

12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.

Note que a ação coletiva passiva não é proposta por um representante adequado de um grupo ou coletividade de pessoas. É proposta contra essa coletividade.

Um dos grandes obstáculos, que leva a maioria da doutrina a não admitir a ação coletiva passiva sem expressa regulamentação legal, decorre da dificuldade na escolha do adequado representante da coletividade, principalmente porque os membros dessa coletividade ficarão vinculados à sentença mesmo sem a participação direta no processo.

Pedro Lenza¹¹³ defende a possibilidade da ação coletiva passiva: "Pode-se afirmar ser perfeitamente possível a propositura de ação em face da classe, a fim de se realizar todas as situações práticas decorrentes dos exemplos já imaginados pela doutrina. Reconhece-se que esse tipo de ação não é comum. Não se pode, contudo, ignorá-la. Imprescindível, outrossim, a revisitação do papel do juiz na aferição da idoneidade do representante da classe (...).

Imagine-se, então, determinada ação promovida por uma empresa de planos de saúde em face do IDEC (representante dos consumidores), objetivando a declaração da ilicitude de determinada cláusula padrão. Proposta a ação, o magistrado deverá verificar o preenchimento do requisito da *representatividade adequada*, ouvindo, necessariamente, o Ministério Público que, nos termos do art. 82, III, do CPC, funcionará como fiscal da lei (*custos legis*). No caso, a associação-

¹¹³ *Teoria geral da ação civil pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 203.

ré poderá, ainda, fazer pedido reconvenicional, objetivando, por exemplo, a declaração de nulidade da aludida cláusula.

Julgada procedente a ação, ou seja, entendendo o magistrado no mérito que *a cláusula não é abusiva*, a coisa julgada abrangerá todos os legitimados ativos do art. 82 do CDC que não mais poderão promover nova (a mesma) ação coletiva. Na medida em que, aparentemente, a cláusula objeto do processo, no exemplo formulado, não beneficia os consumidores, já que restringe um direito, mesmo que dentro da lei, a decisão não impedirá que qualquer consumidor proponha a sua ação individual, questionando, no caso específico, novamente, a aludida cláusula”.

O referido autor¹¹⁴, a seguir, faz uma observação inquestionável a favor da ação coletiva passiva: “Imaginando o contrário, ou seja, ação promovida pela IDEC para declarar abusiva determinada cláusula, *julgada improcedente* a ação após a análise do mérito (portanto, não se trata de improcedência por insuficiência de provas), a referida decisão, nos termos do art. 103 do CDC, impedirá que os autores coletivos reproponham a mesma ação.

O julgamento de *improcedência* de ação coletiva promovida pelo IDEC contra uma empresa de planos de saúde, após produção probatória suficiente, corresponde à ação proposta pela empresa contra o IDEC e julgada *procedente*, declarando a validade da aludida cláusula”.

Ada Pellegrini Grinover¹¹⁵ explica como serão regulamentados os efeitos da coisa julgada no caso de ação coletiva passiva: “A questão principal que se punha, nesses casos, era o do regime da

¹¹⁴ *Teoria geral*, cit., p. 203-204.

¹¹⁵ Código Modelo de Processos Coletivos Para Ibero-América - Exposição de motivos.

coisa julgada: em obséquio ao princípio geral de que a sentença só pode favorecer os integrantes do grupo quando se trata de direitos ou interesses individuais homogêneos, o mesmo princípio devia ser mantido quando a classe figurasse no pólo passivo da demanda. Assim, quando se trata de bens jurídicos de natureza indivisível (interesses difusos), o regime da coisa julgada é *erga omnes*, simetricamente ao que ocorre quando o grupo litiga no pólo ativo (mas sem o temperamento da improcedência por insuficiência de provas, inadequado quando a classe se coloca no pólo passivo); mas, quando se trata de bens jurídicos de natureza divisível (interesses ou direitos individuais homogêneos), a coisa julgada positiva não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou discutir a sentença no processo de execução, para afastar a eficácia da sentença em sua esfera jurídica individual. *Mutatis mutandis*, é o mesmo tratamento da coisa julgada *secundum eventum litis* para os interesses ou direitos individuais homogêneos, quando a classe litiga no pólo ativo. No entanto, tratando-se de ação movida contra o sindicato, a coisa julgada, mesmo positiva, abrangerá sem exceções os membros da categoria, dada a posição constitucional que em muitos países o sindicato ocupa e sua representatividade adequada, mais sólida do que a das associações”.

Capítulo 3

Tutela coletiva: estabilidade, congruência e flexibilidade

3.1. O devido processo coletivo, a garantia de sua efetividade e a flexibilização da tutela coletiva

O processo coletivo também é regido pelo princípio do devido processo legal, de tal forma que a jurisdição coletiva tem que se valer de um justo e adequado processo para a solução do caso levado a juízo.

Assim, todos os princípios derivados do devido processo legal são aplicáveis ao processo coletivo, por força da incidência do art. 5º, inciso, LIV, da Constituição Federal.

É possível, porém, encontrar um fundamento infraconstitucional muito importante da exigência de um justo, adequado e efetivo processo coletivo.

O fundamento genérico, no nosso entender, pode ser extraído da conjugação de alguns dispositivos legais da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

A Lei n. 7.347/85 disciplina a ação civil pública e enuncia seu cabimento para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 1º, inc. V). Trata-se de norma fundamental que legitima a defesa em juízo de todo e qualquer direito transindividual.

No art. 21, a Lei n. 7.347/85 ainda estabelece a regra da aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais.

A correspondência está no art. 90 da Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a aplicabilidade dos institutos da Lei n. 7.347/85 à proteção do consumidor.

Portanto, sendo inegável a interação estabelecida pelo legislador entre as referidas normas, podemos concluir que, na atualidade, formam elas o *Código de Processo Coletivo*, como normas gerais da tutela jurisdicional coletiva.

Dentro deste contexto, devemos exaltar a regra que garante a efetividade da tutela coletiva. Trata-se do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor: *Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.*

A possibilidade do manuseio de diversas espécies de tutela jurisdicional é fundamental para a efetividade da tutela coletiva, sobretudo porque a diferenciação é fator primordial para a obtenção da efetividade.

A diferenciação decorre da idéia da necessária correlação que deve existir entre o direito material e o processual, de tal forma que o processo disponibilize diferentes técnicas, adequadas às peculiaridades do direito material e às necessidades concretas das pessoas.

Ou seja, o instrumento deve, necessariamente, ser adaptado às exigências do direito material, de forma que sejam concebidos mecanismos processuais diferenciados que propiciem uma prestação de “tutelas jurisdicionais diferenciadas”.

A classificação das tutelas, portanto, tem por fundamento a idéia de que a expressão *tutela jurisdicional* significa o resultado da atividade jurisdicional que, como se sabe, é bastante variável em função das peculiaridades do direito material. Essa, aliás, é a relação de instrumentalidade que deve haver entre o direito material e o processual.

Nesses termos, a tutela jurisdicional pode ser classificada de acordo com o tipo de resultado que propicie ao vencedor, ao titular do direito material.

Conforme observa José Roberto dos Santos Bedaque¹¹⁶, “para determinadas situações da vida existem tutelas específicas. Daí falar-se que a tipicidade não é da ação, mas da tutela pleiteada... O elemento variável da demanda é exatamente o tipo de tutela, que leva em conta o resultado do processo e que pode ser objeto de classificação”.

3.1.1. A tutela coletiva

A *função jurisdicional* existe para solucionar casos, resolver litígios, tutelando o direito objetivo ou o direito subjetivo das partes ou interessados e aplicando, imperativamente, as regras jurídicas.

Por meio dessa função, o Estado se compromete a dar soluções (respostas) para litígios entre pessoas determinadas ou mesmo entre um número indeterminável de pessoas.

Quando uma pretensão coletiva é endereçada a um órgão jurisdicional, por meio de um ente legitimado pela lei, o Judiciário prestará uma jurisdição coletiva, de tal forma que por meio de uma única sentença poderá tutelar inúmeras situações.

¹¹⁶ *Tutela cautelar*, cit., p. 28.

Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹⁷, “sob os vários canais em que se expressam na Justiça os interesses metaindividuais, constata-se que a *Jurisdição* que os recepciona (contencioso objetivo de constitucionalidade; ações civil pública e popular; mandado de segurança coletivo; ações coletivas de entidades associativas; mandado de injunção) apresenta peculiaridades e finalidades que a singularizam. Numa palavra, a Jurisdição coletiva possibilita a otimização dos comandos judiciais, mercê do tratamento *molecular* dos conflitos, na consagrada expressão de Kazuo Watanabe, assim ensejando o tratamento isonômico aos jurisdicionados e prevenindo a pulverização do conflito em múltiplas e repetitivas ações individuais”.

Assim, a grande característica da jurisdição coletiva é o fato do tratamento de inúmeras situações jurídicas por meio de um único processo, de uma única sentença.

Portanto, é possível pensar-se em duas espécies de tutela jurisdicional. A individual, voltada aos conflitos individuais, intersubjetivos, isto é, entre sujeitos determinados. Seu grande estatuto é o Código de Processo Civil. A tutela coletiva é destinada à proteção dos direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos). O microssistema da tutela coletiva baseia-se, fundamentalmente, na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

A importância da tutela coletiva foi mencionada em acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro

¹¹⁷ *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 80.

Humberto Gomes de Barros, ao julgar o Mandado de Segurança n. 5.187/DF¹¹⁸. Oportuna a transcrição da seguinte parte da ementa:

“AS AÇÕES COLETIVAS FORAM CONCEBIDAS EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. O ABANDONO DO VELHO INDIVIDUALISMO QUE DOMINA O DIREITO PROCESSUAL É UM IMPERATIVO DO MUNDO MODERNO.

“ATRAVÉS DELA, COM APENAS UMA DECISÃO, O PODER JUDICIÁRIO RESOLVE CONTROVÉRSIA QUE DEMANDARIA UMA INFINIDADE DE SENTENÇAS INDIVIDUAIS. ISTO FAZ O JUDICIÁRIO MAIS ÁGIL. DE OUTRO LADO, A SUBSTITUIÇÃO DO INDIVÍDUO PELA COLETIVIDADE TORNA POSSÍVEL O ACESSO DOS MARGINAIS ECONÔMICOS À FUNÇÃO JURISDICIONAL. EM A PERMITINDO, O PODER JUDICIÁRIO APROXIMA-SE DA DEMOCRACIA”.

3.1.2. As classificações e a questão da atipicidade da tutela jurisdicional

Existem várias possibilidades de classificação da tutela, não obstante seja reconhecida a atipicidade da tutela jurisdicional.

Segundo Flávio Luiz Yarshell¹¹⁹, “é preciso reconhecer a *atipicidade* da tutela jurisdicional, no sentido de que, ao menos em

¹¹⁸ Julgamento ocorrido no dia 24/09/1997 e publicado no DJ do dia 29.06.1998, p. 4.

¹¹⁹ *Tutela jurisdicional*, cit., p. 138.

princípio, não há um 'rol' previamente estabelecido de provimentos aptos à proteção de direitos e interesses materiais".

O próprio autor, mesmo exaltando a atipicidade, reconhece a conveniência de se identificar "modelos" de tutela jurisdicional.

A propósito, afirma que "o sistema deve estabelecer 'modelos' de provimentos (= resultados) aptos à efetividade de todo e qualquer direito ou interesse material, com o que se obtém inegável alargamento do acesso à justiça. Por outras palavras, na passagem da *atipicidade* da garantia da ação para a *tipicidade* do direito material, é preciso extrair do sistema processual modelos aptos à ligação de um e outro.

Convém reafirmar que a aceitação desses *modelos* de provimentos não deve, ao menos como regra, operar como fator limitativo do acesso ao Poder Judiciário".

Prossegue o autor¹²⁰, frisando a necessidade e conveniência de se sistematizar um rol (não exaustivo) de tutelas jurisdicionais: "o reconhecimento da *atipicidade* da tutela jurisdicional não impede – ao contrário, recomenda – que se busque uma tipologia dessa mesma tutela. É que categorização dessa ordem desempenha importante papel na compreensão e desenvolvimento do direito processual, notadamente em sua interação com o plano substancial. Dessa forma, é conveniente sistematizar – sem pretender elencá-las taxativamente – as *formas* de tutela para as diferentes situações substanciais dela carentes. Além disso, *tutela* é conceito que somente se completa à luz do direito material ("tutela jurisdicional de direitos") e, nessa medida, é lógica a busca de semelhante categorização".

¹²⁰ *Tutela jurisdicional*, cit., p. 140.

Sendo assim, é possível a menção a alguns modelos de tutela jurisdicional.

3.1.3. Possibilidades de classificações

Existem várias possibilidades de classificação da tutela jurisdicional, sendo que as mais importantes consideram a espécie de tutela que é prestada, o resultado, a forma de prestação, além do grau de cognição desenvolvido pelo juiz. Podemos exemplificar:

a) Quanto à espécie de tutela prestada, temos que ela pode ser de conhecimento, de execução, cautelar, meramente declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*.

b) Em relação ao resultado, a tutela pode ser definitiva ou provisória.

c) Considerando ao grau de cognição judicial para a prestação da tutela, temos que ela pode ser sumária ou exauriente.

A diferenciação, portanto, pode ser conseguida com mudanças no procedimento, no grau de cognição, na atribuição de maior ou menor estabilidade ao provimento jurisdicional.

Vejamos alguns dos mais importantes modelos.

3.1.4. A classificação segundo a tutela pretendida pelo autor

Trata-se da classificação mais tradicional e que coincide com a classificação do pedido imediato (tipo de providência jurisdicional solicitada), com a classificação das ações e com a classificação das sentenças.

De acordo com esse critério, a tutela pretendida pelo autor pode ser declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*.

Assim, se o autor formular um pedido declaratório ao juiz (art. 4º do CPC), a sentença que o acolher será declaratória, assim como declaratória será a natureza da ação. De lembrar que o pedido é um elemento identificador da ação (ao lado da causa de pedir e das partes).

A doutrina tradicional, clássica, classifica as ações de conhecimento em declaratórias, constitutivas e condenatórias, considerando a preponderância dos efeitos da tutela pretendida pelo autor.

Outros autores, como Pontes de Miranda, acrescentam mais duas espécies: as mandamentais e as executivas *lato sensu*.

As ações coletivas podem conter qualquer tipo de pedido imediato, isto é, de tutela jurisdicional.

No julgamento do Recurso Especial n. 510150/MA, ocorrido no dia 17/02/2004, em que foi relator o Min. Luiz Fux, restou consignado, com muito acerto, que a ação civil pública pode gerar “comando condenatório, declaratório, constitutivo, auto-executável ou mandamental”. Além disso, restou afastada qualquer dúvida quanto ao cabimento da ação civil pública para o controle dos atos dos poderes públicos, com possibilidade de pedido de reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade, como também de pedido de aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular. Vejamos a ementa:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL
PÚBLICA.

1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, *a fortiori*, difuso.

2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.

3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas *contra legem*, sua exegese e sanções correspondentes.

4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia *erga omnes* da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de novéis demandas.

5. As conseqüências da ação civil pública quanto ao provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças.

6. A fortiori, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, auto-executável ou mandamental.

7. Axiologicamente, é a *causa petendi* que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda.

8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que 'A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular (...).

Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações

coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais.

Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85)' (Alexandre de Moraes in *Direito Constitucional*, 9ª ed., p. 333-334).

10. Recurso especial desprovido”.

3.1.5. Tutela ressarcitória e tutela inibitória

A ação coletiva ainda pode assumir o caráter ressarcitório, isto é, reparatório, ou pode ser de natureza inibitória, preventiva.

Como já dissemos, a tutela jurisdicional pode ser classificada por meio de diferentes critérios. No tópico anterior foi enfatizada a classificação segundo a tutela pleiteada pelo autor, ou seja, segundo o pedido imediato formulado na petição inicial. Foram as tutelas divididas, então, em declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu*.

Pode-se pensar, agora, na tutela jurisdicional voltada ao dano, isto é, que tem por objeto a questão da reparação de um dano. Nesse caso, pode-se falar em tutela ressarcitória ou reparatória. Mas a função jurisdicional não pode se limitar à questão da reparação de um dano, tendo em vista que a

Constituição Federal torna indubitosa a possibilidade da pretensão voltada à prevenção (CF, art. 5º, XXXV). Por isso, pode ser pleiteada uma tutela inibitória, que tem por objetivo atacar uma conduta ilícita que pode vir a causar um dano.

Sendo assim, pode a tutela jurisdicional ser classificada, segundo esse critério, em:

- a) Tutela ressarcitória ou reparatória;
- b) Tutela inibitória.

3.1.5.1. Natureza satisfativa da tutela inibitória

A tutela inibitória não se confunde com a tutela cautelar, pois enquanto a cautelar tem natureza conservativa, a inibitória é espécie de tutela satisfativa, no sentido de atuar o direito material.

Como explica Flávio Luiz Yarshell¹²¹ a tutela preventiva ou inibitória “permite a prevenção do ilícito, no sentido de impedir sua consumação, ou, em certos casos, sua continuação ou repetição, sem que isso configure uma atuação propriamente cautelar, à medida que propicia, desde logo, a atuação do direito material. Nesse particular, o sistema processual civil brasileiro – ao menos o hoje vigente – dispõe de “instrumentos” para assegurar essa tutela preventiva. No plano infraconstitucional, basta lembrar as regras dos arts. 273 e 461 do CPC, que permitem a antecipação da tutela de forma consideravelmente abrangente, embora com as restrições ali consignadas”.

Para melhor compreensão da tutela inibitória é fundamental confrontá-la com a tutela ressarcitória. É o que vamos fazer a

¹²¹ *Tutela jurisdicional*, cit., p. 165.

seguir, apontando as várias diferenças entre as referidas espécies de tutelas jurisdicionais.

3.1.5.2. A questão temporal

A tutela reparatória é voltada ao passado, pois pretende remover um dano já concretizado. Discutir a ocorrência de um dano é voltar-se para o passado, buscando analisar a conduta, o resultado (dano), o nexo de causalidade e, eventualmente, a culpa.

A tutela inibitória volta-se para o futuro, pois pretende remover uma conduta ilícita (tutela da remoção do ilícito). Ao atuar sobre uma conduta ilícita, o magistrado deve impor ao agente um novo comportamento, uma nova ação ou omissão. Referido comportamento é esperado no futuro.

3.1.5.3. A questão do objeto

Enquanto na ação reparatória o objeto central da discussão reside na ocorrência ou não de um dano e na responsabilidade pela sua reparação, na ação inibitória procura valorar-se a conduta, para definir se ela é lícita ou ilícita.

A referida distinção é essencial, sobretudo para evitar-se a discussão acerca do dano em ação inibitória, o que prejudica a sua efetividade.

3.1.5.4. Fundamentos constitucionais da tutela inibitória

A função preventiva da jurisdição está consagrada, definitivamente, na Constituição Federal.

Com efeito, estabelece o art. 5º, inciso, XXXV, que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Trata-se de uma das mais importantes garantias de um Estado Democrático de Direito, pois garante ao cidadão o direito de acesso ao Poder Judiciário, inclusive como forma de controle dos atos dos demais poderes: legislativo e executivo.

Na Constituição de 1946 a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional era estabelecida nos seguintes termos: *A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual* (art. 141, § 4º).

A Constituição de 1967 e também a Emenda 1/69, nos artigos 150, § 4º, e 153, § 4º, respectivamente, mantiveram a garantia. A Constituição Federal de 1988, ao contrário, ampliou a garantia de acesso à jurisdição.

Ocorre que o texto constitucional passou a se referir, expressamente, ao controle de atos que configurem ameaça a direito (função inibitória), não se limitando à tutela da lesão (ressarcitória).

Sem dúvida há um enorme incremento da garantia, sobretudo porque houve a preocupação expressa com a tutela preventiva (inibitória).

Assim, a tutela individual ou coletiva pode ser exercida em face de qualquer situação de lesão ou de simples ameaça de lesão. Quando a tutela inibitória é pleiteada a título individual, fala-se em tutela inibitória individual. Se o objeto da ação é um direito transindividual (difuso, coletivo e individual homogêneo), fala-se em tutela inibitória coletiva. Ambas têm fundamento constitucional.

Celso Bastos¹²², depois de frisar que a garantia “é um dos sustentáculos do Estado de Direito”, afirma que “isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação”.

E não devemos esquecer de que todos os poderes são destinatários do comando constitucional: o legislador é obrigado a criar mecanismos de tutelas jurisdicionais para todas as situações, de lesão ou de mera ameaça; o Judiciário não pode negar-se a apreciar ações preventivas como, por exemplo, um mandado de segurança preventivo; o Executivo não pode estabelecer, por meio de seu poder legislativo, medidas provisórias, decretos ou quaisquer outros instrumentos limitadores do direito de acesso ao Judiciário, embora tal prática, infelizmente, não seja rara no direito brasileiro.

Já mencionamos anteriormente¹²³ que “o princípio constitucional enunciado no inciso XXXV permite mais de uma interpretação.

De um lado, pode-se pensar no monopólio da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário. Afinal, dispõe a Constituição que a lei não excluirá da apreciação *do Poder Judiciário* lesão ou ameaça a direito.

Alguns autores chegam a afirmar que aí estaria previsto o monopólio da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário.

Todavia, também é de se observar que o artigo 5º da Constituição trata de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

¹²² *Curso de direito constitucional*, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 197-198.

¹²³ *Natureza constitucional da tutela de urgência*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

Por isso, mais importante é verificar que o inciso XXXV estabelece que a prestação jurisdicional é um *dever do Estado*. Afinal, se nem a lei pode excluir qualquer causa da apreciação judicial, muito menos pode o juiz negar a prestação jurisdicional.

A garantia ainda abrange, além do direito à tutela jurisdicional, o direito à tutela efetiva, tempestiva e adequada”.

Portanto, a tutela inibitória, assim como outras formas de tutela, tem fundamento constitucional explícito.

3.1.5.5. Fundamentos legais da tutela inibitória

Considerando que a tutela inibitória é voltada à conduta ilícita, assim entendida como a ação ou omissão contrária à ordem jurídica, a intervenção do Judiciário, numa ação preventiva, é voltada à imposição de um novo comportamento.

Por outras palavras, numa ação inibitória a sentença poderá impor ao responsável pela conduta ilícita uma conduta, isto é, uma obrigação de fazer ou de não fazer.

De forma geral, portanto, fundamenta-se uma ação inibitória atípica, ou seja, que não é objeto de especial previsão legislativa, no art. 461 do CPC: *Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*.

Se a ação inibitória tiver por objeto um direito transindividual, seu fundamento legal e genérico é o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor que, aliás, foi transportado ao Código de Processo Civil, originando o citado artigo 461.

Há vários outros dispositivos legais que podem ser invocados.

Com idêntica redação há o art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

Como se vê, não falta fundamento legal infraconstitucional à tutela inibitória, de tal forma que o sistema processual brasileiro está apto à proteção de situações de ameaça de lesão a direito. Basta que os operadores do direito se familiarizem com a tutela jurisdicional que não é voltada à questão do dano, mas à remoção de uma conduta ilícita.

A tutela jurisdicional inibitória também encontra fundamentos em diversos outros dispositivos legais.

O Código Civil de 2002 inovou ao prever um capítulo destinado à tutela específica dos direitos da personalidade (arts. 11 a 21). O art. 12 do Código Civil dispõe, expressamente, sobre o direito de exigir que cesse a ameaça a direito da personalidade, sem prejuízo do direito de reclamar perdas e danos e de outras sanções previstas em lei.

3.1.5.6. Tutela inibitória: típica e atípica

Há várias ações no ordenamento jurídico brasileiro, previstas expressamente pelo legislador, que têm caráter inibitório.

Nesse caso, quando há expressa tipificação legal, diz-se que há uma tutela inibitória típica.

Sabemos que os arts. 461 do CPC e 84 do CDC prestam-se à tutela inibitória de forma genérica.

Assim, pode-se falar em tutela inibitória típica e atípica.

Como exemplo de tutela inibitória típica, podemos citar o Interdito Proibitório, previsto no art. 932 do CPC: *O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.*

Evidencia-se o caráter inibitório da referida ação a partir do momento em que se constata que basta a prova do justo receio de ser molestado na posse. Independe a prestação jurisdicional da concretização da ameaça, isto é, do dano.

A ação de nunciação de obra nova (art. 934 do CPC) também pode ter natureza inibitória ao possibilitar seja alguém impedido de construir em contravenção da lei, do regulamento ou de postura. Não há que se esperar a efetiva lesão.

Por fim, não devemos deixar de citar o Mandado de Segurança Preventivo.

O mandado de segurança, assim como a tutela jurisdicional, pode ser: a) Repressivo: quando a ilegalidade já foi cometida; b) Preventivo (inibitório): quando há uma ameaça a um direito líquido e certo. Assim, aquele que demonstrar justo receio de sofrer um dano a um direito líquido e certo, pode pleitear a *segurança*. Basta, nesse caso, provar a ocorrência de uma situação concreta e objetiva de iminente lesão a direito líquido e certo.

Portanto, ao lado de algumas ações típicas que possuem natureza inibitória, existe a possibilidade de que uma ação seja fundada no art. 461 do CPC, sobretudo porque as ações não estão todas tipificadas pelo legislador.

Na verdade, prevalece a atipicidade da tutela jurisdicional, como explica Flávio Luiz Yarshell¹²⁴: “É preciso reconhecer a *atipicidade* da tutela jurisdicional, no sentido de que, ao menos em princípio, não há um ‘rol’ previamente estabelecido de provimentos aptos à proteção de direitos e interesses materiais”.

Afirma o citado autor, porém, a conveniência de se identificar “modelos” de tutela jurisdicional: “O sistema deve estabelecer ‘modelos’ de provimentos (= resultados) aptos à efetividade de todo e qualquer direito ou interesse material, com o que se obtém inegável alargamento do acesso à justiça. Por outras palavras, na passagem da *atipicidade* da garantia da ação para a *tipicidade* do direito material, é preciso extrair do sistema processual modelos aptos à ligação de um e outro.

Convém reafirmar que a aceitação desses *modelos* de provimentos não deve, ao menos como regra, operar como fator limitativo do acesso ao Poder Judiciário”.

Prossegue o autor¹²⁵, frisando a necessidade e conveniência de se sistematizar um rol (não exaustivo) de tutelas jurisdicionais: “O reconhecimento da *atipicidade* da tutela jurisdicional não impede – ao contrário, recomenda – que se busque uma tipologia dessa mesma tutela. É que categorização dessa ordem desempenha importante papel na compreensão e desenvolvimento do direito processual, notadamente em sua interação com o plano substancial. Dessa forma, é conveniente sistematizar – sem pretender elencá-las taxativamente – as *formas* de tutela para as diferentes situações substanciais dela carentes. Além disso, *tutela* é conceito que somente se completa à luz do direito material

¹²⁴ *Tutela jurisdicional*, cit., p. 138.

¹²⁵ *Tutela jurisdicional*, cit., p. 140.

(“tutela jurisdicional de direitos”) e, nessa medida, é lógica a busca de semelhante categorização”.

Em conclusão, se o ordenamento jurídico prevê algumas ações inibitórias de forma expressa, isso não impede e não pode impedir o ajuizamento de uma ação inibitória “genérica”, atípica, fundada no art. 461 do CPC, no art. 84 do CDC ou em outro dispositivo legal.

3.1.5.7. Tutela inibitória individual

Se a ação inibitória pretende a tutela de um direito subjetivo, individual, o seu fundamento é o art. 461 do CPC, sendo correto dizer que a ação inibitória, nesse caso, é individual.

Um dos campos mais importantes da utilização da ação inibitória individual é o da tutela dos direitos da personalidade.

Por isso, baseado no art. 461 do CPC, o autor pode requerer, por exemplo, que o réu seja condenado a não fazer, isto é, a não violar sua imagem por qualquer meio.

Outra área onde parece bastante útil é a empresarial.

Para a defesa dos direitos individuais, pode o juiz emitir um provimento mandamental ou executivo, que não depende de posterior processo de execução e nem mesmo da instauração de uma fase executiva. Nessa ação, o juiz pode determinar o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Pode o magistrado, ainda, mesmo depois do eventual trânsito em julgado da decisão que imponha a obrigação, caso a primeira medida concedida venha a se demonstrar ineficaz, determinar providências que assegurem um resultado prático equivalente,

sendo que a coisa julgada, aqui, não é obstáculo à adequação da medida, em face da expressa autorização contida no *caput* do art. 461 do Código de Processo Civil.

Por fim, caso haja total impossibilidade de determinação de uma providência de fazer ou de não fazer, possível que, nos mesmos autos, seja pleiteada a conversão da obrigação originariamente imposta em obrigação de indenizar, isto é, de ressarcir as perdas e danos.

Como se vê, possível a conversão da ação inibitória em ação ressarcitória.

3.1.5.8. Tutela inibitória coletiva

A *função jurisdicional* não existe somente em situações de conflitos intersubjetivos, isto é, não se presta apenas à solução de lides envolvendo pessoas determinadas.

É possível que uma pretensão coletiva seja deduzida perante o órgão jurisdicional competente, desde que isso seja feito por um *representante adequado* (arts. 5º da Lei n. 7.347/85 e 82 da Lei n. 8.078/90). Nesse caso, pode-se falar em jurisdição coletiva que, como se sabe, soluciona diversos conflitos por meio de uma única sentença.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹²⁶ ensina: “Sob os vários canais em que se expressam na Justiça os interesses metaindividuais, constata-se que a *Jurisdição* que os recepciona (contencioso objetivo de constitucionalidade; ações civil pública e popular; mandado de segurança coletivo; ações coletivas de entidades associativas; mandado de injunção) apresenta

¹²⁶ *Jurisdição coletiva*, cit, p. 80.

peculiaridades e finalidades que a singularizam. Numa palavra, a Jurisdição coletiva possibilita a otimização dos comandos judiciais, mercê do tratamento *molecular* dos conflitos, na consagrada expressão de Kazuo Watanabe, assim ensejando o tratamento isonômico aos jurisdicionados e prevenindo a pulverização do conflito em múltiplas e repetitivas ações individuais”.

Assim, a grande característica da jurisdição coletiva é o fato do tratamento de inúmeras situações jurídicas por meio de um único processo, de uma única sentença.

Instaura-se, no caso, um processo coletivo que é regido, basicamente, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), sendo complementado por inúmeras outras leis.

A formação do processo coletivo depende da iniciativa do *representante adequado*, que propõe uma ação coletiva, assim entendida toda ação da denominada *tutela jurisdicional coletiva*, como, por exemplo, a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo

A doutrina e a legislação, no início, preocuparam-se com ações coletivas reparatórias. Tanto que a primeira norma que tratou de forma ampla da tutela coletiva, a lei da Ação Civil Pública (7.347/85), ao disciplinar a competência, pensou no dano. Com efeito, o art. 2º da citada lei passou a determinar que as ações civis públicas deveriam ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano. O art. 2º não se referiu à ação preventiva, isto é, voltada à remoção da conduta ilícita.

A doutrina, considerando o disposto no art. 3º da Lei da Ação Civil Pública, que afirma que ela poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer

ou não fazer, logo passou a enxergar a possibilidade da tutela preventiva. Ainda mais porque o art. 4º do mesmo diploma admite, expressamente, o ajuizamento de ação cautelar objetivando evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Redação dada pela Lei n. 10.257, de 10.7.2001).

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, não restaram mais dúvidas.

A superação definitiva deu-se com o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que passou a admitir todas as espécies de ação para a defesa dos direitos e interesses transindividuais mencionados no art. 81 do mesmo diploma (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

E por força do art. 21 da Lei n. 7.347/85, aplica-se à ação civil pública, isto é, à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, as regras processuais do Código de Defesa do Consumidor.

No mesmo sentido, o art. 90 do CDC estabelece a interação entre os dois estatutos, constituindo-se, pois, no microssistema de tutela coletiva.

Assim, a ação inibitória coletiva poderá ser ajuizada com base no art. 84 do CPC, impondo-se, como forma de remoção da conduta ilícita, obrigações de fazer e/ou de não fazer.

Trata-se de um dos mais importantes mecanismos da tutela dos direitos transindividuais, pois tem como grande mérito o fato de ser uma tutela preventiva, voltada a evitar a ocorrência de danos em massa.

3.1.6. A flexibilização da tutela coletiva

Como se vê, a tutela coletiva, na atualidade, é bastante flexível, pois, para resumir, é possível que o autor da demanda pleiteie qualquer tipo de tutela jurisdicional, considerando o disposto no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

A questão não é meramente acadêmica, pois há sempre o questionamento judicial quanto à possibilidade da ação coletiva veicular qualquer tipo de pretensão.

Tanto que no julgamento do Recurso Especial n. 592693/MT, ocorrido no dia 07/08/2007, em que foi relator o Min. Teori Zavascki, o Superior Tribunal de Justiça, enfrentou a questão, sendo então decidido que "a ação civil pública destina-se a conferir integral tutela aos direitos transindividuais (difusos e coletivos) e, com essa finalidade, comporta não apenas os provimentos jurisdicionais expressamente previstos na Lei 7.347/85, como também qualquer outro, hoje disponível em nosso sistema de processo, que for considerado necessário e adequado à defesa dos referidos direitos, quando ameaçados ou violados".

Além disso, consignou-se que, "com fundamento no art. 129, III da Constituição, o Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública, além de outras finalidades, "para a proteção do patrimônio público e social", o que inclui certamente a possibilidade de postular tutela de natureza constitutivo-negativa de atos jurídicos que acarretem lesão ao referido patrimônio.

Também é sempre discutida em juízo a questão da possibilidade da ação coletiva assumir o caráter preventivo, sobretudo na área ambiental.

O Superior Tribunal de Justiça também já enfrentou a questão, sendo que no julgamento do Recurso Especial n. 801005/SP, ocorrido no dia 20/03/2007, em que foi relator o eminente Min. Teori Zavascki, afastou a alegação de impossibilidade jurídica do pedido para enunciar que “a ação civil pública destina-se a tutelar direitos e interesses difusos e coletivos, inclusive e especialmente o meio ambiente. Há de se entender, conseqüentemente, que é instrumento com aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a proteção ao direito material da melhor forma, na maior extensão possível e com as medidas preventivas ou reparatórias adequadas”.

3.1.6.1. A possibilidade de cumulação de diversos pedidos

Questão que merece ser enfrentada diz respeito à possibilidade de cumulação de diversos pedidos em sede de ação coletiva para a tutela de direitos transindividuais.

Já foi comum nos tribunais, inclusive do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que a cumulação é inviável.

Confirmam-se, a propósito, as seguintes decisões:

Agravo Regimental no Recurso Especial n. 180620/SP, relator Min. Francisco Falcão, julgamento ocorrido em 07/12/2000:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO-AMBIENTE. QUEIMADA. CANA-DE-AÇÚCAR. CESSAÇÃO DA ATIVIDADE SOB PENA DE MULTA. IMPOSIÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LEI 7.347/85. IMPOSSIBILIDADE.

- Conforme o artigo 3º da Lei nº 7.347/85, não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e dinheiro.

- Agravo regimental improvido”.

Recurso Especial n. 247162/SP, julgado em 28/03/2000, sendo relator o Min. Garcia Vieira:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBJETO - ALTERNATIVA - FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL - OBRIGAÇÃO - TITULAR.

Conforme o artigo 3º da Lei nº 7.347/85, não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e dinheiro.

Nos loteamentos regulares, o fornecimento de água potável é obrigação dos proprietários.

Recurso provido”.

No julgamento do Recurso Especial n. 205153/GO, ocorrido no dia 20/06/2000, em que relator o Min. Francisco Falcão, também restou afastada a possibilidade de cumulação:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO-AMBIENTE. LEI

7.347/85. VIOLAÇÃO AO ART. 11. CESSAÇÃO DE ATIVIDADE. COMINAÇÃO DE MULTA. IMPOSIÇÃO LEGAL.

1. A determinação legal contida no artigo 11, da Lei 7.347/85, tem o objetivo imanente de fazer valer a obrigação, uma vez que retirada da mensagem legal a imposição de pena, é consectário lógico a mitigação da ordem, à minguada punição ante seu descumprimento

2. Conforme o artigo 3º da Lei nº 7.347/85, não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e dinheiro.

3. Recurso parcialmente provido”.

Não concordamos com o mencionado entendimento, no sentido de que não é possível a cumulação de pedidos em sede de ação coletiva.

A efetividade da tutela coletiva pressupõe que seja admitida a cumulação de diversos pedidos em sede de ação civil pública, sendo comum o Ministério Público ajuizar ação com pedido imposição de obrigação de fazer e de condenação pecuniária.

Em caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, que bem retrata a necessidade de cumulação, o Ministério Público do Distrito Federal pleiteou a condenação da empresa concessionária de telefonia celular ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na imposição de obrigação de fornecer, sem nenhum encargo, fatura discriminada dos serviços prestados, além de formular pedido de condenação pecuniária, referente à devolução,

em dobro, dos valores cobrados pelo detalhamento da conta telefônica.

Acolhidos os pedidos, com expresse reconhecimento da legitimidade *ad causam* do Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos, houve interposição de apelação, sendo que o órgão jurisdicional de segunda instância manteve o *decisum* de primeiro grau em todos os seus termos.

A empresa de telefonia, então, interpôs recurso especial para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, sustentando, dentre outras teses, a impossibilidade de cumulação.

Felizmente, ao julgar o Recurso Especial n. 684.712/DF, no dia 07/11/2006, o Ministro relator José Delgado fez constar do acórdão, que negou provimento ao recurso, a possibilidade de cumulação de pedidos, além da legitimidade do Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos:

“Os interesses dos consumidores/assinantes da linha telefônica são de natureza individual, o que, todavia, não afasta seu caráter homogêneo, na medida em que a relação jurídica de consumo se aperfeiçoou por meio de pactos de adesão formulados unilateralmente pela AMERICEL, o que coloca os usuários em situação homogênea, no que se refere à eventual violação de direitos. Portanto, vislumbrada a tutela de interesses individuais homogêneos, tem incidência o art. 81 do CDC (Lei nº 8.078/90), além do art. 82 deste Diploma, que legitimou o Ministério Público, dentre outros entes, a agir na defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores.

Esta Primeira Turma, no julgamento do Recurso Especial nº 605.323/MG, emprestou nova interpretação ao art. 3º da Lei nº 7.347/85, reconhecendo a viabilidade da cumulação de pedidos em

sede de ação civil pública. Conferir: (REsp. n. 605.323/MG, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/10/2005; REsp. n. 625.249/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 31/08/2006). Não obstante os precedentes tratem da tutela coletiva do meio ambiente, não seria razoável deixar de estender a mesma exegese conferida ao art. 3º da Lei nº 7.347/85 também às hipóteses em que a ação civil pública serve à proteção dos direitos do consumidor”.

Outra ementa que merece ser transcrita é a referente ao julgamento do Recurso Especial n. 605.323/MG, ocorrido no dia 18/08/2005, sendo relator o Min. José Delgado, quando se afirmou que a ação civil pública deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material, sob pena de se tornar um instrumento inútil:

“PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, § 3º, DA CF/88, ARTS. 2º E 4º DA LEI 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI 8.625/93 E ART. 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL.

1. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da

reparação integral. Deles decorrem, para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição in natura), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.

2. A ação civil pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III). Como todo instrumento, submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material. Somente assim será instrumento adequado e útil.

3. É por isso que, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/85 ("A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"), a conjunção "ou" deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). É conclusão imposta, outrossim, por interpretação sistemática do art. 21 da mesma lei, combinado com o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor ("Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este

código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.") e, ainda, pelo art. 25 da Lei 8.625/1993, segundo o qual incumbe ao Ministério Público "IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente (...)".

4. Exigir, para cada espécie de prestação, uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual, ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum (medidas de tutela ambiental), cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de natureza diversa. A proibição de cumular pedidos dessa natureza não existe no procedimento comum, e não teria sentido negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

No mesmo sentido o acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n. 625.249/PR, assim como a decisão proferida no Recurso Especial n. 586.307/MT, sendo que em ambos os julgados foi relator o Min. Luiz Fux.

Portanto, deve-se admitir que as ações propostas pelo Ministério Público veiculem todo tipo de pedido de tutela jurisdicional, garantindo-se, pois, uma grande flexibilidade ao pedido imediato formulado em ações coletivas.

Além disso, não é aceitável a tese que veda a cumulação de pedidos e obriga que, para cada tipo de prestação, seja ajuizada uma ação civil pública autônoma.

Referido entendimento compromete decisivamente o princípio da economia processual e atenta contra o princípio da instrumentalidade do processo.

3.1.6.2. A possibilidade de ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos

Também é imprescindível que se reconheça que a ação civil pública pode ser utilizada para a defesa de direitos individuais homogêneos.

A interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, que forma o *microsistema* do processo coletivo, garante a efetividade da tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Por isso, é inegável que a ação civil pública pode ser utilizada para a tutela de direitos individuais homogêneos, questão que já foi controvertida no direito brasileiro.

Sobre a questão, oportuna a manifestação do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial n.

294.021/PR¹²⁷, em que foi relator o Ministro José Delgado, da Primeira Turma:

“A Lei da Ação Civil Pública foi alterada pelo Código de Defesa do Consumidor, restando possibilitado o ajuizamento de ações civis públicas para a defesa também dos chamados *interesses individuais homogêneos*, entre os quais se situam os do caso em comento: consumidores de combustíveis (gasolina e álcool) que passaram a pagar, embutido no preço do bem consumido, a exação prevista no Decreto-Lei nº 2.288, de 1986, denominada *empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis*.

O argumento de que a extensão de eficácia *erga omnes* somente é cabível nas hipóteses previstas originalmente na Lei nº 7.347/85 cai por terra diante da autorização expressa para interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da, Lei nº 7.347/85, com a redação que lhe foi dada pelo art. 117, da Lei nº 8.078/90). Assim, afasta-se a alegação de incompetência do Juízo da 4ª Vara Federal de Curitiba para a concessão de amplitude territorial à sentença, porquanto tal amplitude está prevista no ordenamento jurídico nos arts. 16, da Lei nº 7.347/85, e 103, da Lei nº 8.078/90, e é efeito da sentença em ação deste gênero”.

¹²⁷ Julgamento ocorrido no dia 20/02/2001 e publicado no DJ do dia 02.04.2001, p. 263.

No mesmo sentido manifestou-se a Primeira Turma do STJ, no julgamento do recurso especial n. 49.272/RS¹²⁸, em que foi relator o Ministro Demócrito Reinaldo:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DE INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

A LEI N. 7.347, DE 1985, E DE NATUREZA ESSENCIALMENTE PROCESSUAL, LIMITANDO-SE A DISCIPLINAR O PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA E NÃO SE ENTREMOSTRA INCOMPATÍVEL COM QUALQUER NORMA INSERIDA NO TÍTULO III DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI N. 8.078/90).

É PRINCÍPIO DE HERMENÊUTICA QUE, QUANDO UMA LEI FAZ REMISSÃO A DISPOSITIVOS DE OUTRA LEI DE MESMA HIERARQUIA, ESTES SE INCLUEM NA COMPREENSÃO DAQUELA, PASSANDO A CONSTITUIR PARTE INTEGRANTE DO SEU CONTEXTO.

O ARTIGO 21 DA LEI N. 7.347, DE 1985 (INSERIDO PELO ARTIGO 117 DA LEI N. 8.078/90) ESTENDEU, DE FORMA EXPRESSA, O ALCANCE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA À DEFESA DOS INTERESSES E *DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS*, LEGITIMANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO, EXTRAORDINARIAMENTE E COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL, PARA EXERCITÁ-LA

¹²⁸ Julgamento ocorrido no dia 21/09/1994 e publicado no DJ do dia 17.10.1994, p. 27.868.

(ARTIGO 81, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DA LEI 8.078/90).

OS INTERESSES INDIVIDUAIS, *IN CASU*, (SUSPENSÃO DO INDEVIDO PAGAMENTO DE TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA), EMBORA PERTINENTES A PESSOAS NATURAIS, SE VISUALIZADOS EM SEU CONJUNTO, EM FORMA COLETIVA E IMPESSOAL, TRANSCENDEM A ESFERA DE INTERESSES PURAMENTE INDIVIDUAIS E PASSAM A CONSTITUIR INTERESSES DA COLETIVIDADE COMO UM TODO, IMPONDO-SE A PROTEÇÃO POR VIA DE UM INSTRUMENTO PROCESSUAL ÚNICO E DE EFICÁCIA IMEDIATA - A *AÇÃO COLETIVA*.

O INCABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, EIS QUE, AS LEIS MUNICIPAIS NOS. 25/77 E 272/85 SÃO ANTERIORES A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, JUSTIFICA, TAMBÉM, O USO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PARA EVITAR AS INUMERÁVEIS DEMANDAS JUDICIAIS (ECONOMIA PROCESSUAL) E EVITAR DECISÕES INCONGRUENTES SOBRE IDÊNTICAS QUESTÕES JURÍDICAS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA AFASTAR A INADEQUAÇÃO, NO CASO, DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DETERMINAR A BAIXA DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA O JULGAMENTO DO MÉRITO DA CAUSA.

DECISÃO UNÂNIME”.

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, trouxe uma outra importante e fundamental flexibilização da tutela coletiva, permitindo que a ação civil pública seja manuseada para a tutela de direitos individuais homogêneos.

3.2. A incidência do princípio da estabilidade e da regra da congruência nas ações coletivas

Afirmada a importância da flexibilização da tutela coletiva, para que seja admitido todo tipo de pedido imediato de tutela jurisdicional, devemos analisar outro aspecto relevante, que diz respeito à forma pela qual incide o princípio da estabilidade da demanda na jurisdição coletiva.

De início, parece-nos inegável que há incidência do princípio da estabilidade e da regra da congruência no caso das ações coletivas.

O presente trabalho, contudo, tem por objetivo estudar de que forma ocorre essa incidência, sobretudo para saber se existem ou não peculiaridades no caso da tutela dos direitos e interesses transindividuais.

Importante averiguar se no sistema da tutela coletiva predomina o princípio da rigidez, baseado na estabilidade da demanda, ou se há o predomínio de um sistema flexível, em que as partes e o juiz têm maior liberdade.

No momento em que pensamos no tema, a primeira idéia foi no sentido de que a natureza dos direitos tutelados por meio das ações coletivas deve mitigar a regra da congruência e, de qualquer forma, atenuar a regra da estabilidade, cedendo à idéia da flexibilização do sistema processual.

Necessária, porém, uma análise mais aprofundada para submeter essa noção inicial a uma verificação mais rigorosa.

Desde já, contudo, queremos deixar consignada nossa adesão ao pensamento de Junior Alexandre Moreira Pinto¹²⁹, no sentido de que deve haver uma “conciliação, um equilíbrio entre os modelos. O sistema deve, ao mesmo tempo, permitir uma certa alteração inicial, mesmo após a petição inicial e a contestação. Até um determinado momento, como por exemplo antes do início da instrução, devem as partes, e até mesmo o juiz, ter liberdade para trazer ao processo fatos novos, que vão surgindo de acordo com as alegações propostas. Porém tal fase não deve se estender muito, pois após a instrução probatória seria temerária, para o contraditório, a mutabilidade da demanda, já que possivelmente um dos debatedores não mais tenha a possibilidade de se utilizar de um contraditório pleno e efetivo quanto à nova matéria”.

3.3. Estabilidade na fase de conhecimento da demanda

Inicialmente, vamos analisar a questão da estabilidade durante a fase de conhecimento da demanda coletiva.

3.3.1. Princípio da inércia da jurisdição e ações coletivas

Na jurisdição individual, a prestação de tutela jurisdicional depende de requerimento da parte ou do interessado, nos termos do art. 2º do CPC. O princípio dispositivo, assim, torna defeso ao juiz a prestação jurisdicional *ex officio*.

¹²⁹ Sistemas rígidos e flexíveis, cit., p. 84.

Por isso, a petição inicial, como ato formal necessário à deflagração do processo, acaba por delimitar o conteúdo da sentença, de tal forma que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (art. 128 do CPC). Para que não haja qualquer dúvida, dispõe o art. 460 do CPC que é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Nas ações coletivas há incidência da regra do art. 2º do CPC, de tal forma que também não há, como regra, prestação jurisdicional de ofício.

Todavia, consideramos lícitas e válidas eventuais mitigações ao princípio da inércia da jurisdição. Oportuna a lição de José Roberto dos Santos Bedaque¹³⁰: “Pode-se afirmar que eventual previsão legal sobre o exercício da jurisdição, independentemente de manifestação do titular de um interesse carente de tutela, não violaria princípio constitucional, pois a regra técnica da inércia está prevista pelo legislador ordinário.

A garantia da ação ou da inafastabilidade é constitucional, não a inércia. O que não se admite é o legislador ordinário opor óbices ao acesso à Justiça. Nada impede, todavia, seja desconsiderada regra da inércia, por questões de política legislativa ou conveniência, permitindo-se ao juiz, em determinadas situações, dar início ao processo sem provocação da parte”.

¹³⁰ “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, in *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*, Coord. de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23-24.

Uma das mais importantes exceções contemporâneas ao princípio da inércia da jurisdição, no nosso entender, é aquela veiculada pelo art. 461, § 5º do CPC. Por isso, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz, diz a lei de forma imperativa, *determinará* providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

No § 5º o CPC é expresso quanto à atuação oficiosa do juiz, pois determina, para a efetivação da tutela ou a obtenção do resultado prático equivalente, que o juiz, de ofício ou a requerimento, determine as medidas necessárias.

A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, atento à necessidade de ponderação dos interesses envolvidos na causa, tem admitido que o juiz, de ofício, determine até mesmo o bloqueio de verbas públicas, como se vê do julgamento proferido no agravo regimental em recurso especial n. 935.083/RS, em que foi relator o Min. Humberto Martins¹³¹:

“ADMINISTRATIVO – FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, E ART. 461-A DO CPC – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per se, viola direitos indisponíveis, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.

¹³¹ Julgamento ocorrido no dia 02/08/2007.

2. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, uma vez tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica.

3. O direito à saúde deve prevalecer sobre o princípio da impenhorabilidade dos recursos públicos. Nas palavras do Min. Teori Albino Zavascki, pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. (REsp. 840.912/RS, Primeira Turma, julgado em 15.2.2007, DJ 23.4.2007)

4. Não há que se sujeitar os valores deferidos em antecipação de tutela ao regime de precatórios, pois seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o Supremo Tribunal Federal apenas resguarda as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97. Precedente.

Agravo regimental improvido”.

A possibilidade de atuação do juiz, de ofício, além do permissivo legal para a imposição das medidas que se fizerem necessárias, que apenas são enumeradas de forma exemplificativa pelo legislador, acabam por privilegiar a efetividade processual, em

detrimento do princípio da estabilidade da demanda e da regra da congruência.

3.3.2. Causa de pedir e pedido nas ações coletivas: as peculiaridades das ações coletivas

Como restou demonstrado no primeiro capítulo do presente estudo, a causa de pedir divide-se em próxima e remota, de tal forma que é imprescindível a exposição, na petição inicial, dos fatos (causa remota) e dos fundamentos jurídicos do pedido (causa próxima).

Deve-se investigar, agora, se há alguma peculiaridade digna de nota em relação às ações coletivas, assim consideradas aquelas que tutelam direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

A resposta é positiva, pois a exposição dos fatos nas ações coletivas é mais fluída, assim como há maior possibilidade de alteração da causa de pedir e no pedido.

3.3.2.1. Maior flexibilidade na exposição da causa de pedir

Como explica Ricardo de Barros Leonel¹³², “a especificação da causa na demanda nitidamente individual faz com que a substanciação desça certamente a peculiaridades do fato que são inerentes à própria relação substancial individual, necessárias e imprescindíveis à demonstração desta relação que fundamenta a propositura da demanda, o que não ocorre com tanto rigor na

¹³² “A *causa petendi* nas ações coletivas”, in *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*, Coord. de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 157.

demanda coletiva, na qual a substanciação é mais tênue, recaindo apenas sobre aspectos gerais da conduta impugnada na ação”.

De fato, os fatos não precisam ser expostos de forma exaustiva no caso de ação coletiva, sobretudo porque não haverá decisão acerca de relações jurídicas individuais.

Na tutela coletiva busca-se uma sentença condenatória *genérica*, assim entendida aquela sentença que torna certa a responsabilidade do autor de um dano metaindividual, mas não identifica as vítimas.

No caso da tutela de direitos individuais homogêneos, o Código de Defesa do Consumidor afirma, expressamente, que, no caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95).

Assim, correto Ricardo de Barros Leonel¹³³ ao afirmar que “nas demandas coletivas não há uma especificação tão intensa dos fatos, no sentido de que não são deduzidos a ponto, necessariamente, de identificar-se com uma situação individual específica, mas apenas no limites da suficiência e aptidão para a demonstração da situação ampla e abrangente, de largo espectro de incidência, inerente à própria natureza das relações coletivas em sentido lato”.

E como muito bem observa o citado autor¹³⁴, “quanto maior a indeterminação da coletividade interessada (ocorre em maior grau nos interesses difusos e diminui progressivamente até o grau mínimo nos interesses individuais homogêneos), menor é a necessidade de especificação de fatos caracterizadores de situações individuais concretas a título de causa de pedir remota, ou seja,

¹³³ A *causa petendi* nas ações coletivas, cit., p. 157.

¹³⁴ A *causa petendi* nas ações coletivas, cit., p. 148.

fatos a serem narrados na inicial. Em contrapartida, quanto menor a indeterminação da coletividade interessada, mister se torna a maior especificação dos fatos ensejadores da lesão, que dá supedâneo à formulação do pedido de tutela judicial. Nesta hipótese, há necessidade de substanciação ainda maior da demanda. Dito ainda de outro modo, no sentido de que a especificação ou detalhamento dos fatos (maior substanciação da causa) embora sempre presente, será maior quando a coletividade for mais determinada e menor na hipótese de extrema indeterminabilidade, pode-se afirmar que a demonstração em maior ou menor grau de intensidade da concreção dos fatos lesivos, ou mesmo da própria lesão em si, tem mais vigor quando os interessados são determinados ou determináveis (interesses coletivos ou individuais homogêneos), havendo um grau mais intenso de abstração quanto à matéria de fato quando a ação ou omissão lesiva ofende apenas interesses difusos. Esta tênue e sensível distinção decorre evidentemente da própria natureza e características dos interesses em conflito”.

A maior flexibilidade da *substanciação da demanda* já foi reconhecida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que tem se pronunciado no sentido de que, sendo pleiteada a tutela coletiva de direito subjetivos, a incidência das regras do processo coletivo impede a discussão das situações particulares de cada membro da entidade demandante, sendo adequada a prolação de sentença genérica.

No julgamento do recurso especial n. 681.872/RS, ocorrido no dia 19/04/2005, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, restou consignado que a ação coletiva exige pedido mediato genérico:

“Processo civil e direito do consumidor. Recurso especial. Ação civil pública. Direitos individuais homogêneos. Pedidos genéricos presentes. Tutela coletiva. Cabimento.

- A ação coletiva exige que o pedido mediato seja formulado de forma genérica.

- O pedido de limitação dos juros a 12% ao ano, constante de contrato bancário padrão, e o pedido de adequação de contrato ao que estabelece o Código de Defesa do Consumidor são considerados genéricos.

- Tais pedidos permitem o acolhimento de uma tese geral, referente a determinados fatos, capaz de aproveitar a muitas demandas.

- A Associação de Defesa do Consumidor - ADCON tem legitimidade para pleitear o reconhecimento da abusividade de cláusulas inseridas em contrato de cartão de crédito que estipulem a cobrança de juros acima de 12% ao ano.

Recurso especial conhecido e provido”.

No caso enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi ajuizada ação civil pública objetivando a revisão de contratos bancários de adesão; a declaração de nulidade de cláusulas abusivas; a condenação da instituição ré à restituição em dobro, aos usuários no Rio Grande do Sul, dos juros cobrados indevidamente.

No caso apreciado pelo acórdão acima citado foi discutida a eventual impropriedade de o pedido inicial ser excessivamente individualizado.

Do acórdão constaram importantes lições, que, no nosso entender, devem ser reproduzidas: “O Tribunal tem razão em entender que, num primeiro momento, os interesses individuais homogêneos necessitam de solução do conflito idêntica para todo o grupo e, portanto o pedido deve ser formulado de forma genérica. No entanto, da leitura dos pedidos formulados pela ADCON não é possível dizer que todos os pedidos foram formulados sem carga genérica, de modo, a impedir que o magistrado entregue a prestação jurisdicional. Importante se diga, que nos processos que tutelam tais interesses estão sendo `revisitados institutos consolidados, como a legitimação para agir, a coisa julgada, a identidade parcial de demandas, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público’. (Ada Pellegrini Grinover. A marcha do Processo . São Paulo: Forense, 2000, p. 25).

É neste diapasão, que o pedido genérico, formulado quando se pretende a tutela de direitos individuais homogêneos, reclama, igualmente, travejamento teórico diferenciado. O Código de Processo Civil regula relações individuais e os interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos requerem tutela jurisdicional por vezes diversa, pois são interesses de massa que comportam ofensas de massa. A ética da situação concreta, assim denominada por Miguel Reale, não permite a vinculação à interpretação normativa tradicional. Ao se ultrapassar a divisa das relações individuais, muitas regras necessitam de nova carga interpretativa a fim de que possam ser aplicadas às relações coletivas. Tal é o

que ocorre com a interpretação vulgar dada ao artigo do CPC que trata do pedido genérico.

O CPC integra o elenco dos 'códigos totais'. Neste sentido, Judith Martins-Costa já disse que, os tais 'são marcados notadamente por sua linguagem, o mais 'precisa' possível. Diz-se que expressam um sistema fechado justamente porque, empregando a técnica da casuística, centrada em modelos cerrados, com a perfeita definição da *fattispecie* e de suas conseqüências, sua linguagem dificilmente permite comunicação com a realidade que está em seu entorno, notadamente com os chamados 'elementos metajurídicos', tais como valores éticos, dados econômicos, tecnológicos, elementos sociais, etc." (Judith Martins-Costa. O projeto de código civil brasileiro: em busca da 'ética da situação'. Rev. Jur. ano 49, nº 282, 2001, p. 40). Cabe ao aplicador da lei não deixar de fora do seu manto pretensão coletiva que leva à solução do Judiciário, de uma só vez, conflitos que envolvem milhares quiçá milhões de indivíduos, quando, para isso apenas se faz necessário uma releitura de alguns conceitos jurídicos.

Assim, porque se trata de ação coletiva e, porque da leitura dos pedidos formulados à inicial é possível antever carga de generalidade, veja-se a questão da limitação dos juros a 12% a.a., constante no contrato padrão do banco recorrido, há que procurar ler, tanto quanto possível, os pedidos formulados como pedidos genéricos, sob pena de darmos à lei processual a envergadura que não tem.

Forte em tais razões, CONHEÇO e dou PROVIMENTO ao recurso especial, reconhecida a violação à lei federal, para que se prossiga no devido processo legal".

Outro aspecto relevante da individualização das situações individuais, em demanda coletiva, foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial n. 487.202/RJ, em que foi relator o Ministro Teori Albino Zavascki¹³⁵.

No caso discutido pelo Tribunal Superior, foi firmada irretocável orientação no sentido de que, em se tratando de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, “que visa a uma sentença condenatória genérica, a prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual deverá ser produzida por ocasião da ação de cumprimento, oportunidade em que se fará o exame das situações particulares dos substituídos, visando a identificar e mensurar cada um dos direitos subjetivos genericamente reconhecidos na sentença de procedência”.

Ou seja, na inicial não há necessidade da juntada dos documentos que retratam as situações individuais.

Também oportuna a citação da ementa:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIFERENÇAS DE CORREÇÃO MONETÁRIA DE CONTAS DO FGTS. LEGITIMAÇÃO ATIVA DAS ENTIDADES SINDICAIS. NATUREZA E LIMITES. PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO AFIRMADO E DOCUMENTO ESSENCIAL À PROPOSITURA DA DEMANDA. DISTINÇÕES.

1. As entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se

¹³⁵ Julgamento ocorrido no dia 06/05/2004, sendo publicado no DJ do dia 24.05.2004, p. 164.

tratem de direitos homogêneos e que guardem relação de pertencimento com os fins institucionais do Sindicato demandante.

2. A legitimação ativa, nesses casos, se opera em regime de substituição processual, visando a obter sentença condenatória de caráter genérico, nos moldes da prevista no art. 95 da Lei n. 8078/90, sem qualquer juízo a respeito da situação particular dos substituídos, dispensando, nesses limites, a autorização individual dos substituídos.

3. A individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria (ação de cumprimento da sentença condenatória genérica), a ser promovida pelos interessados, ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação.

4. Não se pode confundir "documento essencial à propositura da ação" com "ônus da prova do fato constitutivo do direito". Ao autor cumpre provar os fatos que dão sustento ao direito afirmado na petição inicial, mas isso não significa dizer que deve fazê-lo mediante apresentação de prova pré-constituída e já por ocasião do ajuizamento da demanda. Nada impede que o faça na instrução processual e pelos meios de prova regulares.

5. Em se tratando de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, que visa a uma

sentença condenatória genérica, a prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual deverá ser produzida por ocasião da ação de cumprimento, oportunidade em que se fará o exame das situações particulares dos substituídos, visando a identificar e mensurar cada um dos direitos subjetivos genericamente reconhecidos na sentença de procedência.

6. Recurso especial a que se nega provimento”.

Percebe-se, pelo que já foi exposto até aqui, que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de seus eminentes ministros, tem propiciado a formação de uma sólida e importante jurisprudência referente à tutela jurisdicional dos direitos coletivos.

3.3.2.2. A maior liberdade de alteração da causa de pedir e do pedido nas ações coletivas

Além dessa maior fluidez na exposição da causa de pedir remota, nas ações coletivas deve ser permitida maior flexibilidade na alteração da causa de pedir e no pedido, o que significa dizer que há atenuação da regra da estabilidade da demanda.

Vale registrar que o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos pretende tornar referidas características em normas positivas. É o que se depreende da redação proposta para o art. 4º: *Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido. Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a*

alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda, no prazo de cinco dias.

Louvável a relativização da regra da estabilidade, assim como a preocupação em que seja respeitada a garantia do contraditório.

Para que a análise não fique restrita a aspectos teóricos, importante citar o caso particular da ação de improbidade, regida pela Lei n. 8.429/92.

A ação de improbidade tem por objetivo a aplicação de sanções aos atos de improbidade praticados por qualquer agente público, sendo que pode ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada e lesada. Se o Ministério Público não for o autor da ação, atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

Além dos agentes aos quais são atribuídos os atos de improbidade, também será citada a pessoa jurídica de direito público interessada.

Como restou consignado no julgamento do recurso especial n. 526.982/MG¹³⁶, em que relatora a Ministra Denise Arruda, “quando a ação civil pública por ato de improbidade for promovida pelo Ministério Público, o ente público interessado, eventualmente prejudicado pelo suposto ato de improbidade, deverá ser citado para integrar o feito na qualidade de litisconsorte”.

¹³⁶ Julgamento ocorrido no dia 06/12/2005 e publicado no DJ do dia 01.02.2006, p. 433.

O litisconsórcio, nesse caso, é facultativo, como decidido no recurso especial n. 737.972/PR¹³⁷, em que foi relatora a Ministra Eliana Calmon: “Na ação civil por ato de improbidade, quando o autor é o Ministério Público, pode o município figurar, no pólo ativo, como litisconsorte facultativo (art. 17, § 3ª, da Lei 8.429/92, com a redação da Lei 9.366/96), não sendo o caso de litisconsórcio necessário”.

Registre-se que a pessoa jurídica de direito público, na qualidade de litisconsorte e em função do interesse público da demanda, pode tomar diversas atitudes: contestar a ação, deixar de contestar o pedido ou, ainda, tornar-se autora, ao lado do Ministério Público. Isso ocorre porque o art. 17, § 3º, da Lei de Improbidade, mandar aplicar à ação judicial o disposto no § 3º do art. 6º da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), no seguinte sentido: *A pessoa jurídica de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.*

Portanto, além da interessante relativização da estabilidade subjetiva, decorrente da possibilidade de mudança de pólo no curso da demanda, importante observar que a pessoa jurídica de direito público, ao integrar a lide, pode formular pedido superveniente contra o réu, uma vez que integrará a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha, como dizia, originariamente, o artigo 17, § 3º da Lei de Improbidade.

¹³⁷ Julgamento no dia 26/06/2007 e publicação no DJ do dia 03.08.2007, p. 330.

Correto, pois, Rogério Pacheco Alves¹³⁸ ao considerar possível, mesmo à falta de norma expressa, “em virtude do princípio informativo da obrigatoriedade, a atuação supletiva dos demais legitimados sempre que verificada alguma omissão, subjetiva ou objetiva, por parte do Ministério Público. Assim, nada impede, antes recomenda, que, omissa a inicial do *Parquet*, possam eles aditá-la com o escopo de suprir a falta, buscando, desta forma, a total reparação do dano ao patrimônio público, com a conseqüente aplicação das sanções a todos aqueles que tenham concorrido para o evento. Velando, no final das contas, pelo princípio reitor da obrigatoriedade.

É certo que, em hipóteses tais, nada impediria o ajuizamento de ação autônoma com relação ao aspecto omitido. Não obstante, a fim de que se possibilite ao magistrado uma visão unitária da prova, evitando-se, com isso, a prolação de sentenças contraditórias, melhor será que se adite a inicial do *Parquet*, procedimento muito mais célere e econômico que o ajuizamento de uma outra ação civil pública. Aplicável, neste passo, a regra de que “quem pode o mais (ajuizar a ação) pode o menos (aditar a inicial)”.

O pedido, inclusive, pode ser diverso do que consta na inicial.

Conforme Rogério Pacheco Alves¹³⁹, “em qualquer momento, mesmo depois de realizada a citação do réu ou saneado o processo, desde que antes da sentença, será possível o aditamento objetivo/subjetivo da inicial, não incidindo as restrições contidas no art. 264 do Código de Processo Civil em razão da natureza indisponível do interesse em jogo e da posição de substituto

¹³⁸ *Improbidade administrativa*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 552.

¹³⁹ *Improbidade*, cit., p. 553.

processual assumida pelo autor, parte meramente ideológica. Solução contrária colocaria nas mãos do legitimado e do réu a possibilidade de fixação definitiva dos contornos da lide em detrimento do interesse maior dos substitutos, esmaecendo o princípio da obrigatoriedade”.

Portanto, além de ser cabível o aditamento da inicial, pode ser formulado pedido diverso do que consta da inicial, o que demonstra flagrante relativização da regra da estabilidade, em seu aspecto objetivo.

3.3.2.3. A estabilidade objetiva no Mandado de Segurança

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIX, enuncia que o mandado de segurança deve ser concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A ação de mandado de segurança está regulamentada na Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que contém regras próprias e específicas em relação ao Código de Processo Civil.

No dizer de Hely Lopes Meirelles¹⁴⁰, “mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade,

¹⁴⁰ *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 15.

seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei 1.533/51, art. 1º)”.

Observa Hely Lopes Mereilles¹⁴¹ que “não só as pessoas físicas e jurídicas podem utilizar-se e ser passíveis de mandado de segurança, como também os órgãos públicos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual, como as Chefias de Executivos, as Presidências das Mesas dos Legislativos, os Fundos Financeiros, as Comissões Autônomas, as Superintendências de Serviços e demais órgãos da Administração centralizada ou descentralizada que tenham prerrogativas ou direitos próprios a defender.

Respondem também em mandado de segurança as autoridades judiciárias quando pratiquem atos administrativos ou profiram decisões judiciais que lesem direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante”.

O mandado de segurança é uma ação constitucional que tem finalidade específica, qual seja, tutelar direito líquido e certo.

Ensina Hely Lopes Meirelles¹⁴² que “o mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem, esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento da notificação judicial”.

Aliás, pelo fato de haver a expedição de uma ordem na ação de mandado de segurança, parte da doutrina classifica essa ação como sendo mandamental, o que nos parece correto.

¹⁴¹ *Mandado de Segurança*, cit., p. 16/17.

¹⁴² *Mandado de Segurança*, cit., p. 20.

Além disso, depois da Constituição Federal de 1988 o mandado de segurança não pode deixar de ser visto como uma garantia constitucional. Esse fato, inclusive, também é decisivo para qualquer interpretação acerca desse *writ* constitucional.

Trata-se de remédio essencialmente destinado a invalidar ato de autoridade.

Segundo Hely Lopes Meirelles¹⁴³, “ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal.

Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior”.

Por isso, ato de autoridade é sempre o ato que é revestido de um poder decisório, por ser emanado de um superior hierárquico.

Nessa linha anota Theotonio Negrão¹⁴⁴ que “a autoridade coatora é aquela que ordena manifestamente (ainda que incompetente para a sua prática: RSTJ 96/376) ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que recomenda ou baixa

¹⁴³ *Mandado de Segurança*, cit., p. 22.

¹⁴⁴ DIS, “Direito Informatizado Saraiva”, nº 02, “CPC e legislação processual em vigor”, 1998.

normas para a sua execução (STJ-1ª Turma, REsp. 62.174-7-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 7.6.95, DJU 14.8.95, p. 23.989).

No ato administrativo complexo, autoridade coatora é a que o aprova (RJTJESP 49/104)”.

A ação constitucional ora comentada protege direito líquido e certo.

Segundo Theotonio Negrão¹⁴⁵, “direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano (RSTJ 4/1.427, 27/140), por documento inequívoco (RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169), e independentemente de exame técnico (RTFR 160/329). É necessário que o pedido seja apoiado ‘em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de provas’ (RTJ 124/948; neste sentido: STJ-RT 676/187)”.

Por isso, ainda segundo o autor, “não se admite a comprovação *a posteriori* do alegado na inicial (RJTJESP 112/225); com a inicial, deve o impetrante fazer prova indiscutível, completa e transparente de seu direito líquido e certo. Permite-se, todavia, o pedido liminar de exibição de documento (v. art. 6º p. ún.)”.

Porém, também anota Theotonio Negrão que “a complexidade dos fatos não exclui o caminho do mandado de segurança, desde que todos se encontrem comprovados de plano (STF-RT 594/248)”.

Conclui-se, portanto, em relação ao mandado de segurança, que não se admite a dilação probatória, ou seja, a instauração de uma fase destinada à produção de provas. Essas devem acompanhar a inicial e/ou as informações.

¹⁴⁵ DIS, cit.

Nesse sentido, já se decidiu que “descabe mandado de segurança para postulação baseada em fato a demandar dilação probatória” (RSTJ 55/325).

Em relação às partes da ação, tradicionalmente se diz que no mandado de segurança há:

a) o impetrante: o legitimado ativo. Ordinariamente, o titular do direito individual ou coletivo líquido e certo.

b) o impetrado: no dizer de Hely¹⁴⁶, o “impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence a ao qual seu ato é imputado em razão de ofício. Nada impede, entretanto, que a entidade interessada ingresse no mandado a qualquer tempo, como simples *assistente do coator*, recebendo a causa no estado em que se encontra ou, dentro de prazo para as informações, entre como *litisconsorte* do impetrado, nos termos do art. 19 da Lei 1.533/51”.

Todavia, não é pacífico em doutrina essa identificação entre o impetrado e a autoridade coatora.

Há autores que distinguem a figura do impetrado e da autoridade coatora.

Essa posição, inclusive, vem ganhando inúmeros adeptos.

Explica Sérgio Ferraz¹⁴⁷ que “grande parte das dúvidas, que aqui pululam, decorre inquestionavelmente do trato infeliz que teve a matéria, na Lei 1.533. Como se recorda, esse diploma só previu, após a impetração, a intervenção da autoridade coatora e do Ministério Público. Essa instituição atua, no particular, quase sempre como *custos legis*; logo, não é parte. Restaria aparente, na

¹⁴⁶ *Mandado de Segurança*, cit., p. 41.

¹⁴⁷ *Mandado de Segurança: Aspectos polêmicos*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 41.

polaridade passiva, tão apenas o ente ou entidade coatora. Mas esse não é chamado a defender-se, que é o ato típico do querelado: ele é convocado para prestar informações”.

Por isso, conclui o citado autor que “pólo passivo, sim, a ser individualizado, sob as penas da lei, na inicial, é a pessoa jurídica a que vinculado funcionalmente o coator”.

Nestes termos, para Sérgio Ferraz¹⁴⁸ “sujeito passivo, no mandado de segurança, é a pessoa jurídica de direito público que vai suportar os efeitos defluentes da ação. Ela sequer é litisconsorte necessária da autoridade coatora eis que esta, pelos motivos já antes expostos, *não é parte*. Pouco importa que assim não venha sendo entendido ou observado, na prática judiciária. O que tem havido é uma cumplicidade doutrinariamente nefanda: dos juízes, que não aplicam a lei do mandado de segurança, na moldura da garantia constitucional do direito de defesa – com o que teriam de exigir a citação do réu verdadeiro, não obstante o silêncio de um litigante poderoso; do poder público, omissos em exigir seu chamamento como a parte passiva real; do Ministério Público, que, como fiscal da lei, não poderia deixar prosperar um processo capenga”.

O mandado de segurança pode ser repressivo, quando impetrado contra ilegalidade já consumada, ou preventivo, no caso de pretender repelir ameaça a um direito líquido e certo. Nessa segunda hipótese há prestação de tutela inibitória típica.

Todavia, como anota Theotonio Negrão¹⁴⁹, “o *justo receio* a que alude o art. 1º da Lei 1.533/51 para justificar a segurança há que revestir-se dos atributos da objetividade e da atualidade.

¹⁴⁸ *Mandado de Segurança*, cit., p. 42.

¹⁴⁹ DIS, cit.

Naquela, a ameaça deve ser traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições, e nesta é preciso que exista no momento, não bastando tenha existido em outros tempos e desaparecido (RT 631/201)“.

Os aspectos procedimentais da ação estão parcialmente regulados pela Lei n. 1.533/51.

O artigo 6º da Lei n. 1.533/51 estabelece os requisitos da petição inicial, que deve preencher os requisitos dos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil.

Não estando apta a inicial, o juiz pode determinar sua emenda.

Além disso, prevê a Lei n. 1.533/51, em seu art. 8º, que a inicial será desde logo indeferida quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei. O próprio parágrafo único estabelece que do despacho de indeferimento caberá o recurso de apelação.

Nos termos do artigo 7º, da Lei n. 1.533/51, ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que achar necessárias;

II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida. Trata-se da liminar em mandado de segurança.

A notificação da autoridade coatora faz as vezes da citação. O prazo para as informações é de dez dias.

Não há litisconsórcio necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora. Todavia, a pessoa jurídica de direito público, por suportar o ônus da sentença proferida em mandado de segurança, tem sido considerada parte legítima para intervir na ação de mandado de segurança. Para nós, inclusive, a pessoa jurídica de direito público deveria ser citada, pois é o sujeito passivo do mandado de segurança.

É pacífico que a falta de informações não acarreta confissão ficta, uma vez que em mandado de segurança quem tem de fazer prova da liquidez e certeza do direito, mediante prova documental pré-constituída, é o impetrante.

Segundo o art. 10, da Lei 1533/51, findo o prazo de dez dias para as informações, será ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias.

Após parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora.

Nos termos do artigo 11, da Lei n. 1.533/51, julgado procedente o pedido, o juiz transmitirá em ofício, por mão do oficial do juízo ou pelo correio, mediante registro com recibo de volta, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o peticionário, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora.

Segundo o art. 12, da sentença, negando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

Ainda estabelece o parágrafo único que a sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

Na verdade, a sentença que concede mandado de segurança é auto-executável, uma vez que mandamental. Por isso, a apelação no caso de sentença que concede o mandado de segurança deve ser recebida somente no efeito devolutivo.

O mandado de segurança pode ser utilizado para a defesa de direito individual, mas também é instrumento da tutela jurisdicional coletiva.

O mandado de segurança coletivo está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXX: *O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.*

Alguns autores entendem que o mandado de segurança coletivo difere do mandado de segurança individual apenas pela legitimidade ativa.

Nesse sentido ensinam Celso Fiorillo, Marcelo Abelha e Rosa Nery¹⁵⁰ que “o mandado de segurança tradicional – não coletivo – se presta para a defesa de direitos individuais, coletivos ou difusos, só que o legitimado desta ação será sempre um sujeito individual. Ao revés, temos que o mandado de segurança coletivo também poderá ser usado para a defesa de direito individual, coletivo ou difuso, só que o legitimado dessa ação será um sujeito não individual”.

¹⁵⁰ *Direito processual ambiental brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 196.

Porém, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há o entendimento no sentido de que o mandado de segurança individual não se presta à defesa de direito transindividual.

Nesse sentido o julgamento do recurso ordinário em Mandado de Segurança n. 18.530/PR¹⁵¹, em que foi relator o Ministro Felix Fischer:

“RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL - PROTEÇÃO DE INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS - IMPOSSIBILIDADE - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - RECURSO DESPROVIDO.

I- Não se presta o mandado de segurança individual para proteger interesses difusos ou coletivos, sendo inadequada a via eleita.

II- Recurso desprovido”.

No mesmo sentido o julgamento do recurso ordinário em Mandado de Segurança n. 9.471/RS¹⁵², em que relator o Ministro Humberto Gomes de Barros:

“MANDADO DE SEGURANÇA - DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO.

¹⁵¹ Julgamento do dia 27/09/2005, publicado no DJ de 14.11.2005, p. 349.

¹⁵² Julgamento do dia 07/12/1999, publicado no DJ de 08.03.2000, p. 46.

Não é lícito ao indivíduo requerer Mandado de Segurança para defender em nome próprio o patrimônio público”.

Para Celso Fiorillo, Marcelo Abelha e Rosa Nery¹⁵³ o rol do inciso LXX do artigo 5º do CF 88 é meramente exemplificativo: “Foi a própria Constituição Federal de 1988 que assim o desejou quando, simplesmente, usou da partícula expletiva ‘pode’ para conferir legitimidade ativos aos entes ali arrolados.

Vê-se que, ao utilizar do vocábulo ‘pode’, não parece existir dúvidas de que o próprio legislador desejou que a legitimidade para impetrar o *mandamus* coletivo fosse apenas expletiva. Ademais, junte-se a isso o fato de que, tratando-se de tutela de bens de valores ambientais, cuja natureza transcende a individualidade, não há como negar ao Ministério Público, por conta da sua própria função institucional”.

Os autores, porém, vão mais longe. Citando lição de Mazzilli¹⁵⁴ concluem que todos os co-legitimados do artigo 82 do CDC podem impetrar mandado de segurança coletivo:

“O uso da expressão ‘ação civil pública’, preconizado por Piero Calamandrei, deve-se a uma busca de contraste com a chamada ‘ação penal pública’... Os dizeres ‘ação civil pública’ por certo queriam destinar-se apenas a distinguir a ação não-penal ... Ora, que o mandado de segurança é uma ação de conhecimento não parece haver dúvida, e, que se trata de uma ação não-penal, parece haver menos dúvidas ainda. Então, pois, é indiscutível que

¹⁵³ *Direito processual*, cit., p. 198/199.

¹⁵⁴ *Direito processual*, cit., p. 201/202.

o mandado de segurança também é uma espécie de ação civil pública.

Portanto, sendo uma espécie de ação civil pública, aplicar-se-á, para estender a sua legitimidade ativa, para além do Ministério Público, o próprio § 1º do referido art. 129, quando determina que a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública não obsta que terceiros também possam fazê-lo, segundo o que dispuser a Constituição e a lei infraconstitucional. Ora, em sede constitucional, como vimos, não há qualquer taxatividade no inciso LXX do art. 5º, com relação à regra da titularidade ativa para a propositura do mandado de segurança coletivo e, em sede infraconstitucional, muito menos, já que quem cuidou de instrumentalizar a proteção dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos), trazendo inclusive os conceitos desses direitos, foi o CDC (Lei n. 8.078/90), que no art. 82 (conjuntamente interpretado com o art. 5º da LACP) explicitou quais seriam os legitimados para tutelar os direitos ali previstos. Assim, em decorrência da desejada e necessária interpretação extensiva do LXX do art. 5º da Constituição Federal, somada com o disposto no § 1º do art. 129 e com o que determina o art. 82 do CDC, temos que a tutela de direitos coletivos (na visão mais lata da palavra), por via do mandado de segurança coletivo, será possível pelos legitimados elencados no art. 82 do CDC. Outro não pode ser o entendimento, sob pena, até, de retirar o sentido e a operatividade do sistema”.

Outra peculiaridade, em relação ao mandado de segurança coletivo, encontra-se na Lei n. 8.437/92, que, em seu art. 2º, somente autoriza a concessão de medida limiar após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que

terá 72 horas para se pronunciar: no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Já foi divergente a jurisprudência sobre a legitimidade da associação regularmente constituída para postular em favor de seus membros ou associados sem autorização especial em assembléia geral.

Na atualidade, porém, está pacificado que a associação regularmente constituída e em funcionamento pode postular em favor de seus membros ou associados, não carecendo de autorização especial em assembléia geral.

Também está pacificada a orientação no sentido de que não há necessidade de indicação nominal dos beneficiários diretos da impetração do mandado de segurança coletivo.

Ocorre que, no mandado de segurança coletivo, como anota Theotonio Negrão¹⁵⁵ "é dispensável a relação nominal dos beneficiários diretos da impetração, porque 'a decisão judicial fará coisa julgada quando for favorável à entidade impetrante e não fará coisa julgada quando a ela desfavorável. Com isso fica aberta a possibilidade do mandado de segurança individual quando a organização coletiva não for bem sucedida no pleito judicial' (Michel Temer, "Elementos de Direito Constitucional", 7ª ed., p. 208). Se concedida a segurança, 'à autoridade impetrada, ao cumprir a decisão judicial, será lícito requerer ou exigir que o postulante faça prova de que pertence à entidade beneficiada e se encontra na situação fática descrita na impetração' (Celso Ribeiro

¹⁵⁵ DIS, cit.

Bastos, "Comentários à Constituição do Brasil", v. 2, p. 359)" (TJSP-Pleno: JTJ 145/260, v.u.)".

Sobre as duas questões manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, ao julgar o recurso especial n. 780.660/GO¹⁵⁶, em acórdão em que figurou como relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. DEFESA DOS INTERESSES DA CATEGORIA. AUTORIZAÇÃO. RELAÇÃO NOMINAL DOS ASSOCIADOS. DESNECESSIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão no acórdão recorrido 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. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual o art. 3º da Lei 8.073/90, em consonância com o art. 5º, XXI e LXX, da

¹⁵⁶ Julgamento ocorrido no dia 06/09/2007 e publicado no DJ de 22.10.2007, p. 353.

Constituição Federal, autorizam os sindicatos a representarem seus filiados em Juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual, razão por que torna-se desnecessária a autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

3. Recurso especial conhecido e improvido”.

No mesmo sentido do que se afirma em relação ao mandado de segurança individual, não cabe mandado de segurança coletivo contra lei em tese.

Todavia, se a lei produzir efeitos concretos, admite-se.

No caso de mandado de segurança coletivo é de observar, ainda, que a jurisprudência tem se manifestado no sentido de exigir que o ente coletivo defenda somente os interesses de seus associados.

Nesse sentido colaciona Theotonio Negrão¹⁵⁷ as seguintes decisões:

“O interesse exigido para a impetração de mandado de segurança coletivo há de ter ligação com o objeto da entidade sindical e, portanto, com o interesse jurídico desta (STF-RT 724/228).

Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas; ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar

¹⁵⁷ DIS, cit.

a um partido político legitimidade para vir a juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizam o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles (STJ-1ª Seção: RSTJ 12/215, maioria)”.

Em data recente, ao julgar o recurso ordinário em Mandado de Segurança n. 16.753/PA¹⁵⁸, a quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Felix Fischer, consignou:

“RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE CONCURSO - SINDICATO DE SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS - ILEGITIMIDADE ATIVA.

I - Na hipótese dos autos, o alegado direito líquido e certo não está compreendido na titularidade dos associados ao sindicato, ou seja, a pretensão do recorrente - invalidação de edital de concurso - é alheia aos interesses dos associados que o integram.

II - Não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo o sindicato que defenda interesses alheios aos de seus associados.

III - Recurso ordinário desprovido”.

Todavia, esse entendimento é questionado por alguns doutrinadores.

¹⁵⁸ Julgamento do dia 07/03/2006, publicado no DJ do dia 03.04.2006, p. 368.

Ada Pellegrini Grinover¹⁵⁹, por exemplo, afirma que “com relação à alínea ‘a’ do inciso LXX do art. 5º, a Constituição adotou a redação mais ampla possível: e para retirar-se do dispositivo a maior carga de eficácia, parece claro que nenhuma restrição há de ser feita. Por isso o partido político está legitimado a agir na defesa de todo e qualquer direito, seja ele de natureza eleitoral ou não ... Além da tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos, que se titularizam nas pessoas filiadas ao partido, pode o Partido buscar a via de segurança coletivo, aquela atinente a interesses difusos, que transcendam aos seus filiados”.

Celso Fiorillo, Marcelo Abelha e Rosa Nery¹⁶⁰, por sua vez, estendem o entendimento para a alínea ‘b’ do inciso LXX: “com relação ao rol contido na alínea ‘b’ do inciso LXX do mesmo artigo, em que a Constituição Federal alude à legitimidade dos sindicatos, associações civis ou entidades de classe, podemos, pelos mesmo motivos apresentados acima (concernente a direitos difusos), determinar que aí também não há restrição à defesa dos direitos difusos, mesmo que, aparentemente, possa insinuar a letra do art. existir uma certa restrição ao direito a ser tutelado quando diz *em defesa de seus membros e associados*. Ora, não pairam dúvidas, e nem poderia, de que os direitos difusos podem e devem ser tutelados, pois, em tais associações, o caráter difuso do direito está intimamente relacionado com os interesses de seus membros e associados. Aliás, diga-se de passagem que até esvaziada ficaria a norma se não tomássemos este entendimento, já que, pelo entendimento do inciso III do art. 8º (com relação aos sindicatos) e o inciso XXI do art. 5º (com relação às associações), já seria possível a possibilidade de os sindicatos defenderem os direitos e

¹⁵⁹ “Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto”, in Revista de Direito Público n. 93, p. 21.

¹⁶⁰ *Direito processual*, cit., p. 205.

interesses coletivos ou individuais da categoria, seja judicial ou extrajudicialmente”.

Depois dessa breve análise da ação de Mandado de Segurança Individual e Coletivo, cabe indagar se a regra da estabilidade objetiva da demanda aplica-se à comentada ação constitucional.

A Lei n. 1.533/51 não tem regra específica, nada dispondo sobre eventual possibilidade de alteração da causa de pedir.

Sobre esta questão, a jurisprudência tem afirmado que a regra da estabilidade objetiva tem aplicação à ação constitucional, por força da incidência subsidiária do Código de Processo Civil. Por isso, após as informações, que são consideradas como uma contestação, não é possível o aditamento da inicial para alteração da causa de pedir.

Assim vem se manifestando de forma pacífica a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. A propósito, no julgamento do recurso ordinário em recurso especial n. 22.801/SP, ocorrido no dia 08/05/2007, em que foi relator o Ministro Castro Meira, entendeu-se que “em mandado de segurança, após as informações da autoridade tida como coatora, não se admite o aditamento à petição inicial. Precedente da Primeira Seção: MS 7.253/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 19.12.02”. No precedente citado consignou-se que “impetrado o mandado de segurança, e prestadas as informações pela autoridade apontada coatora, não se admite o aditamento do pedido, mormente quando se trata de impugnar outro ato superveniente”.

Ocorre que o entendimento predominante é no sentido de que, “com a inicial e as informações são fixados os pontos

controvertidos do processo, de modo que é vedada a alteração do pedido ou dos seus fundamentos” (STJ, Mandado de Segurança n. 4.196/DF¹⁶¹, relator Ministro Felix Fischer).

No julgamento do Mandado de Segurança n. 2.591/GO¹⁶², em que foi relator o Ministro Jesus Costa Lima, foi expresso o entendimento no sentido de que “a notificação, no Mandado de Segurança, tem a natureza de citação. Assim, prestadas as informações que constituem o modo através do qual a autoridade se defende, a impetrante não podia alterar o pedido ou a causa de pedir”.

Como se vê, a regra da estabilidade objetiva aplica-se ao Mandado de Segurança.

3.3.3. Estabilidade subjetiva e a questão peculiar da intervenção de terceiros

A questão da estabilidade subjetiva, apesar de já ventilada no item anterior, deve ser estudada mais detalhadamente no caso de ações coletivas.

Voltemos à questão da mudança de pólo na relação processual no caso da ação popular e da ação de improbidade.

O artigo 6º, § 3º, da Lei da Ação Popular, estabelece que *a pessoa jurídica de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.*

¹⁶¹ Julgamento do dia 10/06/1998, publicado no DJ de 17.08.1998, p. 14.

¹⁶² Julgamento ocorrido no dia 22/06/1994, publicado no DJ de 01.08.1994, p. 18.660.

Referido dispositivo legal aplica-se, também, à ação de improbidade.

Nesse caso, portanto, ocorre uma interessante situação de relativização da estabilidade subjetiva, pois de forma peculiar a lei permite à pessoa jurídica de direito público, citada na condição de litisconsorte facultativo, mudar de pólo. Isto é, citada como litisconsorte ativa, pode a pessoa jurídica de direito público assumir a condição de ré no curso da demanda.

Aliás, há uma diferença, nesse aspecto, entre a ação popular e a ação de improbidade: na ação de improbidade, a pessoa jurídica de direito público deve ser citada na condição de litisconsorte ativo, podendo, posteriormente, optar por contestar a ação. Não é citada, originariamente, na condição de ré. Na ação popular a pessoa jurídica de direito público pode ser citada como ré e migrar para o pólo ativo. Também pode ocorrer o inverso.

Essa situação de *instabilidade subjetiva* é bastante peculiar.

Todavia, mesmo nesse caso há incidência, ainda que moderada, da regra da estabilidade subjetiva da demanda, pois a pessoa jurídica de direito público não pode ficar alterando sua posição na pendência da demanda.

Apreciando caso em que o Município requereu sua habilitação na ação de improbidade na condição de litisconsorte ativa, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial n. 637.597/SP¹⁶³, em que relator o Ministro Luiz Fux, consignou que, “atuando como litisconsorte ativo, interdita-se ao mesmo, migrar para o pólo passivo, máxime à luz da preclusão lógica”.

¹⁶³ Julgamento ocorrido no dia 10/10/2006 e publicado no DJ do dia 20.11.2006, p. 275.

Ou seja, se a pessoa jurídica de direito público assume a condição de autora da demanda, não pode, posteriormente, pleitear sua migração para o pólo passivo, o que atingiria de forma contundente e injustificável o princípio da estabilidade da demanda.

Aliás, ressalte-se que no mencionado acórdão também foi enunciado um importante entendimento quanto à atuação da pessoa jurídica de direito público na sua possível atuação como ré. Segundo o decidido, “refoge à *ratio essendi* da lei a defesa de ato pessoal do agente ímprobo”. Ainda segundo o citado acórdão, “a doutrina especializada sobre o tema, todavia, tem esposado o entendimento de que a exegese dos referidos dispositivos legais admite a atuação da pessoa jurídica interessada como litisconsorte passivo em ação civil pública de improbidade. Neste sentido, a lição de Carlos Frederico Brito dos Santos, *litteris*: ‘A interpretação requer cautela quando da sua aplicação à ação de improbidade, posto que, diferentemente do que ocorre na ação popular (art. 6.º, caput), na ação civil pública de improbidade a pessoa jurídica interessada não pode ser acionada com ré, embora possa optar pelo litisconsórcio passivo na ação, após o seu chamamento, passando o ato praticado pelo agente público por entendê-lo lícito, apesar de reputado ímprobo pelo Ministério Público’ (SANTOS, Carlos Frederico dos. *Improbidade Administrativa - Reflexões sobre a Lei n.º 8.429/92*. 1.ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 137).

A pessoa jurídica de direito público interessada, em qualquer hipótese, haverá de pautar-se não na defesa do interesse público, excluída a atuação pro parte, e na observância dos princípios da moralidade e da legalidade, que regem a atuação do administrado

público. Neste particular, revela-se valiosa a lição de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, na medida em que advertem: ‘... somente pode a pessoa jurídica assumir qualquer dos pólos da relação jurídica de direito material controvertida se demonstrado o interesse público naquele posicionamento, não sendo admitida a assunção desarrazoada ou desmotivada. Assim, *verbi gratia*, contestar o pedido apenas para a defesa pessoal do agente público jamais será admitido, podendo significar, para quem ordenar a indevida postura processual o cometimento de outro ato de improbidade (art. 11, caput)’ (in *Improbidade Administrativa - Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*, 3.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Ed. Atlas, 1998, p. 211)”.

Portanto, a estabilidade subjetiva, nas demandas coletivas, tem aspectos muito peculiares. Até porque, da mesma forma que se constata, em alguns aspectos, a relativização da estabilidade subjetiva, em outros a lei mostra-se mais rigorosa em relação à referida estabilidade, pois no caso da tutela de interesses transindividuais há preocupação com o ingresso na demanda de particulares eventualmente lesados. Ou seja, a intervenção de terceiros assume características próprias.

3.3.3.1. Noções gerais da intervenção de terceiros e sua relação com a *instabilidade* da demanda

A intervenção de terceiros é uma forma de ingresso de alguém na relação processual pendente.

A relação processual constitui-se entre as partes, isto é, aquele que pede a tutela jurisdicional e aquele em face de quem

ela é pleiteada. Participa da relação processual, ainda, o Estado-Jurisdição, o que evidencia o caráter público do processo.

Ressalvadas as partes, é terceiro todo aquele que não é parte da relação processual já pendente.

Conforme Dinamarco¹⁶⁴, “terceiro é toda pessoa que não seja parte no processo, *enquanto não o for*. A intervenção do terceiro o faz parte desde o momento em que voluntariamente comparecer (intervenção voluntária) ou em que for citado (intervenção provocada: denúncia da lide, chamamento ao processo)”.

Daí porque é correto enxergar na intervenção de terceiros uma forma de ingresso de alguém em relação processual já instaurada.

Esse ingresso pode ocorrer de duas formas: por iniciativa do próprio terceiro, que pede sua admissão na relação processual, ou, então, porque o terceiro é provocado por uma das partes a intervir. No primeiro caso se diz que a intervenção é voluntária, enquanto que no segundo é ela provocada.

O Código de Processo Civil de 1973 eliminou a intervenção por ordem do juiz (*jussu judicis*), que era prevista no art. 91 do Código de Processo Civil de 1939: *O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação*.

Na atualidade, portanto, não cabe ao juiz trazer o terceiro ao processo. A iniciativa deve ser da parte, sendo certo que o juiz pode e deve suscitar a manifestação da parte quando entender que a relação processual deve ser integrada por algum litisconsorte necessário.

¹⁶⁴ *Litisconsórcio*, cit., p. 28.

Humberto Theodoro Júnior¹⁶⁵ classifica as formas de intervenção de terceiros:

“I - conforme o terceiro vise a *ampliar* ou *modificar* subjetivamente a relação processual, a intervenção pode ser:

a) *ad coadjuvando*: quando o terceiro procura prestar cooperação a uma das partes primitivas, como na *assistência*;

b) *ad excludendum*: quando o terceiro procura excluir uma ou ambas as partes primitivas, como na *oposição* e na *nomeação à autoria*;

II - conforme a iniciativa da medida, a intervenção pode ser:

a) *espontânea*: quando a iniciativa é do terceiro, como geralmente ocorre na *oposição* e na *assistência*;

b) *provocada*: quando, embora voluntária a medida adotada pelo terceiro, foi ela precedida por citação promovida pela parte primitiva (*nomeação à autoria, denúncia da lide, chamamento ao processo*)”.

Athos Gusmão Carneiro¹⁶⁶, por sua vez, assim classifica as formas de ingresso:

a) casos em que o terceiro intervém espontaneamente: assistência e oposição;

b) casos de intervenção provocada por uma das partes: nomeação à autoria (provocação pelo réu); denúncia da lide (provocação pelo réu ou pelo autor); chamamento ao processo (provocação pelo réu).

Tendo em vista a forma processual de que se reveste a

¹⁶⁵ *Curso*, cit., v. 1, p. 114-115.

¹⁶⁶ *Intervenção*, cit., p. 57-59.

intervenção, Athos Gusmão Carneiro distingue:

‘a) as intervenções mediante ‘inserção’ na relação processual existente: assistência – intervenção de terceiro ao lado de uma das partes; nomeação à autoria – intervenção de terceiro em substituição à parte ré; chamamento ao processo – intervenção de terceiro mediante litisconsórcio com o réu;

b) as intervenções mediante formação de nova relação jurídica processual, no mesmo processo: oposição – intervenção do terceiro como autor de nova ação; denunciação da lide – intervenção do terceiro como réu de nova ação (com simultânea ‘inserção’ na ação principal)”.

O Código de Processo Civil prevê vários casos de intervenção de terceiros: a assistência (arts. 50 a 55); a oposição (arts. 56 a 61); a nomeação à autoria (arts. 62 a 69); a denunciação da lide (arts. 70 a 76); o chamamento ao processo (arts. 77 a 80); o recurso de terceiro (art. 499).

Depois dessa breve análise, é importante ressaltar, para o presente estudo, se a intervenção causa alguma *instabilidade* da relação processual.

A resposta é afirmativa.

De uma forma geral, o ingresso de terceiro resulta em dilação temporal, pois serão necessárias providências judiciais até o ingresso efetivo, como a citação do terceiro, por exemplo. Além disso, há alteração do ponto de vista subjetivo, considerando que após o ingresso haverá a atuação no processo de outras pessoas.

Vejamos o que acontece no caso do réu proceder à nomeação à autoria. Conforme o art. 64, o juiz, ao deferir o pedido, suspenderá o processo e mandará ouvir o autor no prazo de cinco

dias. Se a nomeação for aceita pelo autor, ele deverá promover a citação do terceiro. Havendo recusa do autor, cabe ao juiz assinar ao réu novo prazo para contestar.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido da exigência de concessão de novo prazo ao réu. Conforme decidido no julgamento do recurso especial n. 257.091/RO¹⁶⁷, em que foi relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, “pode o Juiz, se considerar que não estão presentes os pressupostos dos artigos 62 e 63 do Código de Processo Civil, indeferir o pedido de nomeação à autoria, mas, em tal caso, respeitando o sistema acolhido pelo art. 67 do mesmo Código, deve assinar ao nomeante novo prazo para contestar”.

Portanto, sendo efetivada ou não a correção do pólo passivo da relação processual, a nomeação à autoria determina a prática de novos atos processuais, além da concessão de prazo às partes e ao nomeado.

Além disso, como corretamente enunciou o mesmo tribunal, no julgamento do recurso especial n. 711.125/MG¹⁶⁸, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, é necessário que seja assegurado o direito da parte que ulteriormente integra o processo à ampla produção de provas.

Do ponto de vista objetivo a demanda também pode sofrer alterações, pois há modalidades de intervenção que configuram verdadeiras hipóteses de cumulação de ações.

A oposição tem natureza de ação. O terceiro deduz pretensão em relação à coisa ou ao direito objeto do processo, caracterizando o que se chama de demanda bifronte. Há, no caso, cumulação de

¹⁶⁷ Julgamento ocorrido no dia 21/08/2001 e publicado no DJ do dia 08.04.2002, p. 209.

¹⁶⁸ Julgamento do dia 25/04/2006, publicado no DJ do dia 08.05.2006, p. 206.

ações que podem tramitar simultaneamente e serem objeto de julgamento pela mesma sentença.

O chamamento ao processo dá causa à formação de litisconsórcio superveniente, entre o réu e o devedor solidário excluído originariamente da demanda.

A denunciação da lide, por sua vez, tem natureza de ação de regresso movida pela parte, no mesmo processo, em face de garantidor legal ou contratual.

Athos Gusmão Carneiro¹⁶⁹ bem observa que “na denunciação da lide fundamentalmente o terceiro é trazido ao processo para se ver condenado na ação regressiva como devedor da parte que denunciou. A denunciação provoca, pois, a criação de uma ‘segunda’ relação jurídica processual, correspondente à ação de regresso”.

Em última análise, temos a propositura de uma ação de natureza condenatória pelo denunciante em face do denunciado.

A intervenção de terceiros pode, ainda, interferir na competência do juízo.

É o que ocorre na intervenção da União ou de qualquer outra entidade mencionada no art. 109 da Constituição Federal. Se a demanda tramitava perante a justiça estadual, a questão da intervenção de entidade federal deverá ser apreciada pela justiça federal.

Assim se decidiu no conflito de competência n. 10.881/RJ¹⁷⁰, apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que foi relator o Ministro Fontes de Alencar:

¹⁶⁹ *Intervenção*, cit., p. 113.

¹⁷⁰ Julgamento ocorrido em 08/03/1995 e publicado no DJ do dia 22.05.1995, p. 14.330.

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TRABALHISTA. FGTS. CEF. NOMEADA À AUTORIA A CEF, NA SUA QUALIDADE DE GESTORA DO FUNDO, A COMPETÊNCIA PARA JULGAR SOBRE SUA PARTICIPAÇÃO NO FEITO É DA JUSTIÇA FEDERAL.

A COMPETÊNCIA PREVALENTE DA JUSTIÇA ESPECIALIZADA, QUE SE MANTÉM AINDA NAS RECLAMATÓRIAS CONTRA A UNIÃO, AUTARQUIA OU EMPRESA PÚBLICA FEDERAL, APENAS EXISTE QUANDO A RELAÇÃO JURÍDICA QUE TRAZ O ENTE PÚBLICO AO FEITO É DE NATUREZA TRABALHISTA.

EXISTE O CONFLITO QUANDO O JUIZ FEDERAL, SEM JULGAR O REQUERIMENTO DE INTERVENÇÃO NO FEITO DO ENTE PÚBLICO FEDERAL, SUSCITA O INCIDENTE.

CONFLITO CONHECIDO, E DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE PARA DECIDIR SOBRE A NOMEAÇÃO À AUTORIA.

VOTOS VENCIDOS”.

No mesmo sentido a ementa do acórdão proferido no recurso especial n. 471.084/MG¹⁷¹, em que relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

“INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. Assistente.

¹⁷¹ Julgamento ocorrido em 17/06/2003 e publicado no DJ de 12.08.2003, p. 237.

ANATEL. Justiça Federal. Agravo de instrumento.

O pedido de assistência pode ser formulado pelo terceiro quando do processamento do agravo de instrumento em segundo grau. Art. 50, parágrafo único, do CPC.

Fundamentado o pedido feito pela Anatel, que é autarquia federal, cabe à Justiça Federal decidir sobre a sua intervenção (Súmula 150/STJ).

Recurso conhecido e provido”.

Mais grave se coloca a situação da técnica da intervenção de terceiros utilizada como forma de violação do princípio do juiz natural. Por isso, incensurável a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao restringir a intervenção de litisconsorte facultativo em processo de Mandado de Segurança, se ela tem o fim escuso de violar o mencionado princípio.

Confira-se, a propósito, o que restou consignado no julgamento do recurso especial n. 111.885/PR¹⁷², em que foi relator a Ministra Laurita Vaz:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. PEDIDO FORMULADO APÓS O DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR E ANTES DO RECEBIMENTO DAS INFORMAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.

¹⁷² Julgamento ocorrido no dia 13/11/2001 e publicado no DJ do dia 18.02.2002 p. 281.

1. Deferida a medida liminar em mandado de segurança, cessa a possibilidade de formação do litisconsórcio ativo facultativo, mesmo que ainda não tenham sido prestadas as informações.

2. A admissão do litisconsorte, após o provimento liminar, implicaria violação ao princípio do juiz natural, uma vez que se estaria possibilitando à parte escolher o julgador que, pelo menos a princípio, seria consentâneo com sua tese.

3. Recurso especial conhecido e provido”.

Como restou demonstrado, a intervenção de terceiros pode causar grande impacto na relação processual, tanto do ponto de vista objetivo, quanto subjetivo.

Pode, inclusive, comprometer a celeridade processual e outros princípios do devido processo legal.

Por essas razões, há uma série de limitações legais e jurisprudenciais em relação à intervenção de terceiros.

3.3.3.2. Restrições ao litisconsórcio em demandas individuais e coletivas como técnica de se garantir a estabilidade da demanda e a maior efetividade da tutela

Para preservar a efetividade da tutela jurisdicional, prevê a lei uma série de restrições às possibilidades de ingresso de terceiros na relação processual.

Aliás, até permanência das partes na mesma relação processual pode ser objeto de deliberação judicial.

Nas hipóteses em que o Código de Processo Civil faculta o litisconsórcio (art. 46 do CPC), há o risco do comprometimento da celeridade ou da ampla defesa se formado o *litisconsórcio multitudinário*.

O parágrafo único do art. 46 do CPC, então, confere ao juiz o poder de *limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa*.

Não pode o juiz, evidentemente, limitar o litisconsórcio necessário, mas nada impede que limite o facultativo.

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial n. 141.172/RJ¹⁷³, em que foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que “o tema da admissibilidade ou não do litisconsórcio ativo necessário envolve limitação ao direito constitucional de agir, que se norteia pela liberdade de demandar, devendo-se admiti-lo apenas em situações excepcionais. Não se pode excluir completamente a possibilidade de alguém integrar o pólo ativo da relação processual, contra a sua vontade, sob pena de restringir-se o direito de agir da outra parte, dado que o legitimado que pretendesse demandar não poderia fazê-lo sozinho, nem poderia obrigar o co-legitimado a litigar conjuntamente com ele”.

Portanto, a admissibilidade do litisconsórcio ou não, sendo ele facultativo, está relacionada à verificação do comprometimento do devido processo legal, mais especificamente em relação à questão da celeridade, da efetividade e da garantia à ampla defesa.

Se a formação do litisconsórcio for de interesse à prestação

¹⁷³ Julgamento ocorrido n dia 26/10/1999 e publicado no DJ do dia 13.12.1999, p. 150.

jurisdicional mais ágil, deve ele ser admitido.

Registre-se que até mesmo na ação de Mandado de Segurança tem sido admitido o litisconsórcio.

Vale a pena registrar o entendimento do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por sua Sexta Turma, ao julgar o agravo de instrumento n. 15.332¹⁷⁴, em que foi relator o Juiz Lazarano Neto:

“Admite-se o litisconsórcio ativo facultativo em sede de mandado de segurança, com fundamento no artigo 46 do Código de Processo Civil, quando diversos contribuintes litigam em torno da mesma questão jurídica. Somente pode haver limitação ao litisconsórcio ativo facultativo pelo Magistrado quando houver comprometimento da rápida solução do litígio ou se dificultar a defesa.

Da mesma forma, admite-se que em mandado de segurança mais de uma autoridade integre a relação processual como litisconsorte passiva, desde que ambas sejam vinculadas à mesma entidade de direito público”.

Considerados os motivos que se relacionam à eventual limitação do litisconsórcio, ousamos discordar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a limitação do litisconsórcio facultativo se insere no contexto do poder discricionário do julgador.

¹⁷⁴ Julgamento ocorrido no dia 06/04/2005 e publicado no DJU do dia 25/04/2005, p. 431.

Ocorre que o STJ tem adotado esse entendimento de forma reiterada, como se vê do julgamento do recurso especial n. 565.937/PR¹⁷⁵, em que relator o Ministro Luiz Fux: “À luz do parágrafo único, do art. 46 do CPC e da sua exegese, colhe-se que o magistrado possui o poder discricionário de desmembrar o feito, em virtude da formação de litisconsórcio facultativo multitudinário, com o escopo de conceder rápida solução ao litígio, e sempre que vislumbre dificuldade causada à defesa do réu, com rompimento da paridade de armas, que informa o processo isonômico”.

Preferimos a orientação de muitos juízes do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Cite-se, por exemplo, a conclusão lançada no julgamento do agravo de instrumento n. 82.462¹⁷⁶, em que foi relatora a juízo Vera Jucovsky, da Oitava Turma:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. REDUÇÃO DO NÚMERO EXCESSIVO DE LITISCONSORTES. PODER-DEVER DO MAGISTADO.

- A limitação do litisconsórcio ativo facultativo se encontra no âmbito do poder-dever do Juiz, bem como somente tem lugar quando puder ocorrer comprometimento do célere desate da lide.

- Compete ao Juiz analisar o caso concreto, as dificuldades do litisconsórcio e eventuais prejuízos à defesa, para concluir se é ou não cabível o desmembramento do litisconsórcio, para reduzir o

¹⁷⁵ Julgamento ocorrido no dia 25/05/2004 e publicado no DJ do dia 02.08.2004, p. 320.

¹⁷⁶ Julgamento ocorrido no dia 03/04/2006 e publicado no DJU do dia 10/05/2006, p. 284.

número excessivo de litisconsortes”.

Para ilustrar, é evidente a violação das garantias da ampla defesa e do contraditório em demanda na qual figurem cento e sete autores.

Essa situação foi apreciada de forma excepcional pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o referido tribunal entende que a questão da definição do número de litigantes envolve análise de matéria fática, o que não se admite em se de recurso especial.

Todavia, ao julgar o recurso especial n. 40.622/SP¹⁷⁷, proferiu-se acórdão da lavra do Ministro Jorge Scartezzini, consignando que “para o regular e bom desenvolvimento do processo, pode o magistrado inadmitir a pluralidade de partes, com pedidos semelhantes e cumulativos, no pólo ativo da relação processual. Impede-se, com isso, o chamado litisconsórcio multitudinário, no caso concreto, 107 (cento e sete) autores, que tumultua o feito e causa embaraços ao direito de defesa da parte contrária e a rápida solução do litígio”.

Em demandas coletivas, o raciocínio é exatamente o mesmo: só o comprometimento das garantias do devido processo legal podem justificar a limitação do litisconsórcio.

Daí porque a Nova Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, ao julgar o agravo de instrumento n. 237.459¹⁷⁸, em acórdão no qual figurou como relatora a Juíza Marisa Santos, com muito acerto, proferiu a seguinte decisão:

¹⁷⁷ Julgamento ocorrido no dia 16/03/2000 e publicado no DJ do dia 02.05.2000, p. 155.

¹⁷⁸ Julgamento ocorrido no dia 18/09/2006 e publicado no DJU do dia 19/10/2006, p. 724.

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMITAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO AFORADA POR SINDICATO. HIPÓTESE DE TUTELA CIVIL COLETIVA POR SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. RECURSO IMPROVIDO.

I - Reconhecida a atuação do Sindicato agravado como legitimado extraordinário, condição que decorre da autorização constitucional expressa contida no artigo 8º, III, da Constituição Federal, para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, seja na esfera administrativa como judicial, e que foi consolidada, no âmbito infraconstitucional, pelo artigo 3º da Lei 8.073, de 30 de julho de 1990, ao dispor: "Art. 3º As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria".

II - Hipótese em que a organização sindical figura como parte processual na defesa do direito material de seus associados, em hipótese de tutela civil coletiva por substituição processual, versando direito individual homogêneo da categoria ou de parte dela, independentemente da sua natureza substancial, não limitada apenas às lides versando relação de consumo, sob pena de admitir-se a restrição, por norma hierarquicamente inferior, da legitimação genérica constitucionalmente conferida às entidades sindicais.

III - Rejeição das alegadas dificuldades, tanto em

relação ao exercício da ampla defesa, como na execução de eventual condenação, considerando que o provimento coletivo é em essência de caráter genérico, nos termos do artigo 95 da Lei 8.078/95, sendo que a liquidação das situações individuais deverá submeter-se a procedimento sob regime processual diverso. Precedentes.

IV - Agravo de instrumento improvido. Agravo regimental prejudicado”.

3.3.3.3. Restrições à intervenção de terceiros em demandas individuais e coletivas como forma de se garantir a estabilidade da demanda e a maior efetividade da tutela

Os impactos comentados acima, decorrentes da intervenção de terceiros, também conduzem a várias situações de proibição ou restrição pelo legislador e pela jurisprudência do ingresso do terceiro.

Podemos lembrar, inicialmente, que nos Juizados Especiais Cíveis é vedada totalmente a intervenção de terceiros.

No Juizado Especial são admitidas todas as formas de litisconsórcio, mas, obviamente, também deve o ser evitado o litisconsórcio multitudinário.

A sumarização do rito, contudo, determina a proibição da intervenção de terceiros, pois os ritos sumarizados, que buscam maior celeridade processual, são incompatíveis, em regra, com a intervenção de terceiros.

Estabelece o art. 10 da Lei n. 9.099/95 que *não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio.*

Em busca da maior efetividade, porém, a doutrina tem se manifestado pelo cabimento, de forma excepcional, de algumas formas de intervenção. Cite-se a doutrina de Alexandre Freitas Câmara¹⁷⁹: “Há duas modalidades de intervenção de terceiro que devem ser admitidas no microssistema dos Juizados Especiais Cíveis: a nomeação à autoria e o recurso de terceiro”. Em relação à nomeação, o autor afirma que essa modalidade deve ser admitida na hipótese do art. 3º, IV, da Lei n. 9.099/95, isto é, de demanda possessória.

No procedimento sumário, por razões análogas ao que ocorre nos juizados, a intervenção de terceiros não é admitida, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro (após a redação dada pela Lei n. 10.444/2002).

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, veda a denúncia da lide, por força do art. 13, parágrafo único, c.c. o art. 88.

Com efeito, estabelece o art. 13 a responsabilidade do comerciante, perante o consumidor, por exemplo, em relação aos produtos que comercializa sem identificação do fabricante, do construtor, do produtor ou do importador.

O parágrafo único, por sua vez, dispõe que o comerciante que *efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua*

¹⁷⁹ Juizados Especiais, cit., p. 74.

participação na causação do evento danoso.

Em complementação, estabelece o art. 88 que, na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide.

E a jurisprudência, para garantir maior efetividade à tutela do consumidor, tem aplicado a restrição. Assim, por exemplo, o acórdão lavrado pelo Ministro Fernando Gonçalves, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial n. 782.919/SP¹⁸⁰:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. DENUNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 88 DO CDC.

1. Em se tratando de relação de consumo, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, descabe a denunciação da lide (art. 88 do CDC).
Precedente da Quarta Turma - RESP 660.113/RJ.

2. Recurso especial não conhecido”.

E conforme também decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁸¹, “a vedação à denunciação à lide disposta no art. 88 da Lei n. 8.078/1990 restringe-se à responsabilidade do comerciante por

¹⁸⁰ Julgamento ocorrido no dia 12/12/2005 e publicado no DJ do dia 01.02.2006, p. 571.

¹⁸¹ Recurso especial n. 439.233/SP, em que foi relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, da Quarta Turma, julgado no dia 04/10/2007. Publicação no DJ do dia 22.10.2007, p. 277.

fato do produto (art. 13), não alcançando o defeito na prestação de serviços (art. 14), situação, todavia, que não exclui o exame do caso concreto à luz da norma processual geral de cabimento da denunciação, prevista no art. 70, III, da lei adjetiva civil”.

A razão da limitação da intervenção de terceiros em ações que envolvam relação de consumo são de ordem pública, pois relacionadas à tutela mais efetiva da parte hipossuficiente da demanda.

No julgamento do agravo regimental em agravo de instrumento n. 184.616/RJ¹⁸², em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, forma bem expostas as razões da limitação:

“Processual Civil e Direito do Consumidor. Indenização por acidente de trânsito. Sentença condenatória prolatada em favor do consumidor.

Intervenção de terceiro que prejudicaria a consecução imediata do direito material do consumidor. Enaltecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor. Ordem pública.

- Não deve ser admitida a intervenção de terceiro quando já proferida sentença, na medida em que a anulação do processo, para permitir o chamamento da seguradora, acabaria por retardar o feito, prejudicando o consumidor, o que contraria o escopo do sistema de proteção do CDC.

- A possibilidade de decorrer prejuízo pelo retardamento da prestação jurisdicional é suficiente,

¹⁸² Julgamento ocorrido no dia 29/03/2001 e publicado no DJ do dia 28.05.2001, p. 159.

por si só, para se deixar de discutir o cabimento da intervenção de terceiro, quando a pendência de sua apreciação é atingida pela superveniente prolação da sentença”.

As razões da limitação da intervenção de terceiros em demandas que versem sobre relação de consumo não se aplicam, no nosso entender, somente às ações individuais. Também nas ações coletivas não se justifica a intervenção que possa comprometer a eficácia da tutela.

Como bem observa Ricardo de Barros Leonel¹⁸³, “a economia processual no processo coletivo diz respeito ao acerto da lesão aos interesses supra-individuais, e não aos de cunho estritamente individual, relacionados à divisão de responsabilidades entre o demandado e quem deva indenizá-lo em sede de regresso”.

3.3.3.4. A questão da denúncia da lide em ações coletivas ambientais

Questão peculiar envolve a discussão sobre a possibilidade de denúncia da lide em demandas ambientais.

Como se sabe, em demanda ambiental o Ministério Público e outros co-legitimados procuram impor ao degradador, sem prejuízo de outras sanções, a obrigação de reparar o dano ambiental.

Invariavelmente surge a discussão da possibilidade ou não da denúncia da lide pelo réu, considerando sua intenção de exercer, na mesma relação processual, a pretensão de regresso, exatamente como permite o CPC, a partir do art. 70.

¹⁸³ *Manual do processo coletivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 239.

Nas ações coletivas, contudo, a denunciação da lide não deve ser admitida como regra.

Concordamos plenamente com Ricardo de Barros Leonel¹⁸⁴, ao afirmar que “em toda e qualquer hipótese, a denunciação acabaria por militar contra a efetividade da tutela coletiva e a preservação dos interesses metaindividuais – finalidade última da respectiva demanda –, e em função disso não poderia ser aceita. É a pacificação social, pelo equacionamento do conflito coletivo, o escopo perseguido na demanda coletiva. A discussão inerente à partilha de responsabilidades ou exercício de regresso, entre os autores da lesão ao interesse metaindividual tutelado, é questão secundária, que deve ser dirimida nas vias próprias, sem tumultuar o andamento do processo coletivo”.

Daí o aplauso merecido pela orientação restritiva do Superior Tribunal de Justiça, como se vê no julgamento do recurso especial n. 232.187/SP¹⁸⁵, em que relator o Ministro José Delgado:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL.

1. É parte legítima para figurar no pólo passivo da Ação Civil Pública a pessoa jurídica ou física apontada como tendo praticado o dano ambiental.

2. A Ação Civil Pública deve discutir, unicamente, a relação jurídica referente à proteção do meio ambiente e das suas conseqüências pela violação a ele praticada.

¹⁸⁴ *Manual do processo coletivo*, cit., p. 239.

¹⁸⁵ Julgamento ocorrido no dia 23/03/2000 e publicado no DJ do dia 08.05.2000. p. 67.

3. Incabível, por essa afirmação, a denúncia da lide.

4. Direito de regresso, se decorrente do fenômeno de violação ao meio ambiente, deve ser discutido em ação própria.

5. As questões de ordem pública decididas no saneador não são atingidas pela preclusão.

6. Recurso especial improvido”.

No mesmo sentido o acórdão proferido no julgamento do recurso especial n. 67.285/SP¹⁸⁶, da lavra do Ministro Relator Castro Meira:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. PRECEDENTES.

1. Mostra-se indubitosa a responsabilidade solidária e objetiva da recorrente, consoante entenderam as instâncias ordinárias, pelo que seria meramente facultativa a denúncia da lide, pois nada impede que a contratante se volte, posteriormente, contra a contratada, ou outra pessoa jurídica ou física, para o ressarcimento da reparação a que vier a ser condenada.

2. Precedentes desta Corte.

¹⁸⁶ Julgamento ocorrido no dia 03/06/2004 e publicado no DJ do dia 03.09.2007, p. 154.

3. Recurso Especial improvido”.

Quando o estado se coloca como réu em demandas ambientais, também se tem entendido ser incabível a denunciação da lide para o exercício do direito de regresso.

A propósito, confira-se o acórdão proferido no julgamento do recurso especial n. 397.840/SP¹⁸⁷, em que relator o Ministro Francisco Falcão:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LANÇAMENTO EM RIO DE ESGOTO SEM TRATAMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA IMPOR À RÉ A REALIZAÇÃO DE OBRAS PARA SOLUCIONAR O PROBLEMA. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. REEXAME DE PROVA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS.

I – O Ministério Público, segundo expressa disposição constitucional, tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

É destes interesses que se cuida no caso, pois visa o *parquet* a coibir o lançamento em rio de esgoto não tratado, problema cuja solução, segundo procura demonstrar o autor, cabe à recorrente.

II – O deferimento de antecipação dos efeitos da tutela não pode ser revisto em recurso especial quando, para tanto, for necessário o reexame das provas que

¹⁸⁷ Julgamento ocorrido no dia 21/02/2006 e publicado no DJ do dia 13.03.2006, p. 186.

caracterizam a verossimilhança da alegação e a iminência de dano grave irreparável. Aplicação da Súmula n.º 7 desta Corte.

III – É incabível a denunciação da lide se o alegado direito de regresso não decorre de lei ou contrato, mas depende ainda de apuração segundo as regras genéricas da responsabilidade civil.

Assim sendo, não viola o art. 70, III, do Código de Processo Civil o acórdão que indefere pedido de denunciação da Fazenda local sob o fundamento de que os deveres impostos ao Estado pela Constituição Federal e pela Constituição Estadual não implicam o reconhecimento automático do direito de regresso.

IV – Recurso especial improvido”.

A reparação dos danos ambientais, de fato, é questão prioritária, sendo inviável a admissão do ingresso de terceiros que possa comprometer a efetividade da tutela coletiva.

Por isso, justa a restrição jurisprudencial à denunciação da lide.

3.3.3.5. A assistência e as ações coletivas

A assistência é modalidade de intervenção regulada a partir do art. 50 do CPC: *Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.*

A assistência é a verdadeira forma de intervenção de terceiro em processo alheio, uma vez que há o ingresso de alguém que não é parte em um processo pendente.

Embora o parágrafo único do art. 50¹⁸⁸ possa sugerir o contrário, entendemos que a assistência também não pode ser admitida de forma incondicionada nas ações coletivas.

Ocorre que o seu ingresso é condicionado à demonstração do *interesse jurídico*.

Conforme lição de Eduardo Arruda Alvim¹⁸⁹, “a caracterização do interesse como jurídico está ligada à possibilidade de a sentença afetar (poder afetar) a esfera jurídica daquele que pretende intervir como assistente. Todavia, cumpre salientar que essa sentença, na exata medida em que a lide não é dele, atingirá, na sua eficácia natural, esse terceiro, quer ele entre no processo, quer não.

Configura-se, por exemplo, como jurídico o interesse do sublocatário consentido em intervir como assistente (simples) em ação de despejo proposta contra o locatário, dado que a procedência da ação de despejo afetará a relação jurídica de sublocação. Ao sublocatário deve ser comunicada a demanda, o que é uma exceção ao sistema, pois a assistência é intervenção voluntária que não pressupõe essa comunicação (Lei 8.245, de 18.10.1991, art. 59, § 2º)”.

Considerando que o Ministério Público, ao intervir no processo civil, não é titular da relação jurídica discutida em juízo, entende a jurisprudência, com muita propriedade, que não pode ele ser assistente de pessoa jurídica de direito público.

¹⁸⁸ Art. 50, parágrafo único, do CPC: *A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.*

¹⁸⁹ *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1, p. 251.

Oportuno citar o acórdão proferido no julgamento do recurso especial n. 724.507/PR¹⁹⁰, em que relator o Ministro Teori Zavascki:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE DA FAZENDA PÚBLICA. DESCABIMENTO.

1. No processo civil, a legitimação de terceiro para intervir como assistente de uma das partes supõe a existência de interesse jurídico próprio, que se qualifica por uma das seguintes circunstâncias: a) a de ser titular de uma relação jurídica sujeita a sofrer efeitos reflexos da sentença, caso em que pode intervir como assistente simples (CPC, art. 50); ou b) a de ser co-titular da própria relação jurídica que constitui o objeto litigioso, caso em que poderá intervir como assistente litisconsorcial (CPC, art. 54).

2. O Ministério Público, no exercício das suas funções institucionais, não é titular de interesse jurídico assim qualificado. Cumpre-lhe, por força da Constituição (art. 127), tutelar a ordem jurídica, o sistema democrático e os interesses sociais, ou seja, o interesse público genericamente considerado, razão pela qual a sua intervenção em processo de que não é parte se dá, não como assistente de um dos litigantes, mas pela forma própria e peculiar de custos legis (art. 82 do CPC).

¹⁹⁰ Julgamento ocorrido no dia 21/09/2006 e publicado no DJ do dia 05.10.2006, p. 245.

3. Recurso improvido”.

Todavia, não é de se negar, em qualquer caso, a possibilidade do Ministério Público figurar como assistente simples.

Robson Renault Godinho¹⁹¹ bem demonstrou a possibilidade de intervenção no caso de interesse institucional, especialmente para afirmar “a possibilidade de a Instituição ser admitida como terceiro interveniente, na condição de assistente simples, em processo em que se discuta questão institucional ou em que se veicule pretensão contra membro do Ministério Público, em razão de sua atuação funcional”.

Daí concordarmos em aplaudir a decisão comentada pelo citado autor: “O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu, por maioria, ser possível a intervenção do Ministério Público como assistente simples em processo instaurado contra seu membro, em razão do exercício de suas funções. *Assistência simples – Ministério Público. Nas ações de responsabilidade civil propostas em face de membros do Ministério Público por atos que teriam sido praticados no exercício da função é cabível a integração na lide da Instituição, notadamente quando se pretende tutelar a relação funcional do agente e de possível ilícito praticado no exercício das funções institucionais. Deferimento da assistência. Recurso provido*”.

No que se refere às ações coletivas, de observar que a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) não se refere expressamente à

¹⁹¹ *Ministério Público como assistente simples – o interesse institucional como expressão do interesse jurídico*, in *De Jure*, Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, janeiro/junho de 2006, p. 83.

assistência. Essa circunstância, porém, não impede que a doutrina reconheça sua possibilidade.

A ação civil pública pode ser proposta por um dos co-legitimados mencionados no art. 5º da Lei n. 7.347/85.

Quando um dos co-legitimados toma a iniciativa de propor a ação, entende-se que outro co-legitimado pode ingressar no feito, na qualidade de assistente litisconsorcial.

Questão mais delicada envolve a discussão sobre a possibilidade do particular, que não é um dos co-legitimados, ingressar na demanda coletiva que discute direitos difusos.

Nesse caso a resposta é, forçosamente, negativa, pois não deve ser admitida a assistência, por particular, em ações que tenham por objeto a proteção de interesses difusos ou coletivos no sentido estrito.

A razão é que o particular não será prejudicado pela sentença, como bem demonstra Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁹²: “Há um impedimento para se admitir o ingresso do cidadão como litisconsorte originário ou ulterior ou ainda assistente, no pólo ativo: é que lhe faltaria, a nosso ver, interesse processual, já que o objeto da ação não lhe pertine individualmente (nem poderá, em execução, ser ‘fracionada’ para que lhe seja atribuída sua ‘quota-parte’); e, sim, trata-se de objeto indivisível, já que a tutela objetivada é a do interesse difuso, ou seja, do bem coletivo (aliás, bem por isso o produto da condenação reflui para o fundo de que trata o art. 13 da lei)”. Bem observa o autor, também, que “a coisa julgada da Lei 7.347/85, embora *erga omnes* não lhes aproveita nem os prejudica, por serem diversos os elementos das ações (...).

¹⁹² *Ação civil pública*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 166.

Além desse óbice de caráter técnico, há também um inconveniente em se incentivar o livre acesso de litisconsortes e de assistentes no pólo ativo da ação civil pública: é que se pode configurar o indesejado 'litisconsórcio multitudinário'".

De fato, embora o terceiro possa demonstrar eventual interesse jurídico, a verdade é que se for permitido o livre ingresso de terceiros interessados, a efetividade da tutela coletiva corre grande risco pela possibilidade de inúmeras intervenções.

Parece-nos que pela mesma razão a Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, veda, expressamente, a possibilidade de intervenção de terceiros.

Com efeito, estabelece o art. 7º da mencionada lei que *não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade*.

A questão da efetividade do processo sempre se coloca como um fator impeditivo da intervenção de terceiros. Isto é, sempre que a intervenção puder comprometer a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional, é o caso de se restringi-la.

Discussão idêntica ocorre em relação à ação de Mandado de Segurança. Embora não há vedação expressa na Lei n. 1.533/51, a jurisprudência não vem admitindo, em qualquer caso, essa intervenção.

Confira-se, a propósito, a decisão proferida no julgamento do agravo regimental no Mandado de Segurança n. 5.690/DF¹⁹³, em que relator o Ministro José Delgado:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ASSISTÊNCIA.

1. A assistência não cabe em mandado de segurança, por:

a) o art. 19, da Lei 1533, referir-se, exclusivamente, à admissão de litisconsórcio;

b) o CPC, em face das dicções dos arts. 19 e 20, da Lei 1533, não é supletivo da lei que regula o procedimento do mandado de segurança;

c) a lei prevê procedimento específico para o mandado de segurança, não cabendo ao intérprete ampliá-lo;

d) a admissão de assistência em mandado de segurança cria obstáculo para a consecução da celeridade imposta para o seu curso.

2. Precedentes jurisprudenciais pela não admissão: RTJ 123/722/ STF-RT 626/242; RDA 170/132; RSTJ 85/364; STJ RT 732/186; TFR – MAS 106.842, DJU 19.12.85, AI 90.01.11636-1, DJU 24.9.90, P. 22.063, TRF – 1ª R; REO EM MS 8.851, DJU 12.9.95, P. 59.865 TRF 2ª R, AI 94.04. 10.202.4, DJU 29.6.94, TRF – 4ª R; AI 44.240, DJU 19.11.82, p.

¹⁹³ Julgamento ocorrido no dia 13/06/2001 e publicado no DJ do dia 24.09.2001, p. 232.

16.182, TFR; AI 90.01.024378, DJU 1.10.90, P. 22.817, TRF, 1ª Reg.

3. Posição contrária de Sérgio Ferraz, Alfredo Buzaid e Hely Lopes, além dos precedentes seguintes: AI 43.009, DJU 14.10.82, P. 10361, TFR; MS 90.01.03405-5, P. 22.060, TRF, 1ª Região; AI 89.01.22703-7, DJU 12.2.90, P. 1726, TRF, 1ª Região; RE 78.620, RTJ 72/220; REsp. 39.937-8, DJU 5.6.95, P. 16.635, STJ.

4. Apanhado jurisprudencial da obra de Theotônio Negrão (Código de Processo Civil, 31ª edição) e de Sérgio Ferraz (Mandado de Segurança – aspectos polêmicos).

5. Agravo regimental improvido”.

Resta verificar a possibilidade de assistência em ações coletivas que tenham por objeto a defesa de direitos individuais homogêneos.

Nesse caso, o Código de Defesa do Consumidor, estatuto legislativo próprio da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, estabelece, em seu art. 94, que, *proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.*

Ou seja, o CDC admite o ingresso do particular, na qualidade de litisconsorte.

3.3.3.6. A questão da intervenção no processo objetivo de controle de constitucionalidade

Como vimos acima, o art. 7º da Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, elimina, expressamente, a possibilidade de intervenção de terceiros.

A vedação legal foi considerada legítima pelo Supremo, como se vê do seguinte trecho do acórdão proferido no julgamento de embargos de declaração na ação direito de inconstitucionalidade n. 2.994/BA¹⁹⁴, em que foi relatora a Ministra Ellen Gracie:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESMEMBRAMENTO DE MUNICÍPIO SEM A PRÉVIA CONSULTA, MEDIANTE PLEBISCITO, DAS POPULAÇÕES ENVOLVIDAS. OFENSA AO ART. 18, § 4º, DA CARTA MAGNA. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PESSOAS POLÍTICAS SUBJETIVAMENTE INTERESSADAS. ILEGITIMIDADE.

Os Estados-Membros da Federação não estão no rol dos legitimados a agir como sujeitos processuais em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sendo indevida, no modelo de processo objetivo, a intervenção de terceiros subjetivamente interessados no feito. Precedente: ADI 2.130-AgR, rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.12.01”.

¹⁹⁴ Julgamento ocorrido no dia 31/05/2006 e publicado no DJ do dia 04-08-2006, p. 25.

No mesmo sentido o acórdão proferido no julgamento do agravo regimental na medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 1.254/RJ¹⁹⁵, em que relator o Ministro Celso de Mello, mesmo antes da Lei n. 9.868/99:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - INCLUSÃO DE ENTIDADE PRIVADA NO PÓLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL - INADMISSIBILIDADE - TUTELA DE SITUAÇÕES SUBJETIVAS E INDIVIDUAIS - INCOMPATIBILIDADE COM A NATUREZA ABSTRATA DO CONTROLE NORMATIVO - FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - AGRAVO IMPROVIDO ENTIDADES PRIVADAS NÃO PODEM FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DO PROCESSO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

- O caráter necessariamente estatal do ato suscetível de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade exclui a possibilidade de intervenção formal de mera entidade privada no pólo passivo da relação processual. Precedente.

O CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO CONSTITUI PROCESSO DE NATUREZA OBJETIVA.

- A importância de qualificar o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo - vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da

¹⁹⁵ Julgamento ocorrido em 14/08/1996 e publicado no DJ do dia 19-09-1997, p. 45.530.

harmonia do sistema constitucional - encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção *in abstracto* da ordem constitucional. Precedentes. Admitido o perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade, torna-se essencial concluir que, em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais que disciplinam a intervenção de terceiros na relação processual. Precedentes.

NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO.

- Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. O círculo de sujeitos processuais legitimados a intervir na ação direta de inconstitucionalidade revela-se extremamente limitado, pois nela só podem atuar aqueles agentes ou instituições referidos no art. 103 da Constituição, além dos órgãos de que emanaram os atos normativos questionados. - A tutela jurisdicional de situações individuais - uma vez suscitada controvérsia de índole constitucional - há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que,

supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de legítimo interesse (CPC, art. 3º).

FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

- A função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. Atuando como verdadeiro curador (defensor *legis*) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. Precedentes”.

Se a intervenção não fosse vedada, haveria sério comprometimento da efetividade e da celeridade do processo coletivo de controle de constitucionalidade.

Ocorre que milhares de brasileiros têm interesse jurídico em questões que são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. Cite-se, por exemplo, a questão enfrentada pela Suprema Corte

referente à constitucionalidade ou não do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, isto é, acerca de sua aplicabilidade ou não às instituições financeiras. Se fosse permitida a intervenção de terceiros haveria o risco de tumulto processual pelo número excessivo de intervenientes.

O legislador, contudo, pretendendo garantir a defesa dos *interesses institucionais*, estabeleceu, no § 2º do art. 7º, da Lei n. 9.868/99, a possibilidade da intervenção do *amicus curiae*: *O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.*

A atuação como *amicus curiae*, isto é, como amigo da corte, deve ser para a defesa da Constituição Federal, da cidadania e de interesses significativos para toda a sociedade brasileira, mas não para a defesa de uma das partes ou de eventuais interesses próprios, diretos ou reflexos.

Os tradutores da obra de Owen Fiss¹⁹⁶ explicam essa intervenção especial: "A expressão completa, *amicus curiae*, significa, literalmente, amigo da corte. No sistema judicial norte-americano, uma pessoa, diferente das partes, que possua forte interesse no processo ou opiniões acerca de seu objeto, pode postular uma permissão para formular uma peça processual, aparentemente no interesse de uma das partes, mas, na verdade, para sugerir um posicionamento compatível com suas próprias opiniões. Essa peça do *amicus curiae*, normalmente, traz questões de amplo interesse público. Ela pode ser apresentada por

¹⁹⁶ Referência a Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, tradutores do livro *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 127, nota n. 3.

particulares ou pelo governo. Dessa forma, a função do *amicus curiae* é chamar a atenção da corte para questões que eventualmente não tenham sido notadas, fornecendo subsídios para uma decisão apropriada”.

No Brasil, a intervenção não pode ocorrer a qualquer momento. Constata-se, portanto, a preocupação do legislador com a estabilidade do processo objetivo.

Como tem sido reiteradamente decidido pelos tribunais, “o momento oportuno para intervenção, na qualidade de *amicus curiae*, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, se dá no prazo inicial de 30 dias, destinado à instrução e colheita das informações prazo para habilitação do requerente”¹⁹⁷.

A jurisprudência também tem ressaltado que a negativa de intervenção do *amicus curiae*, em função da necessidade de se preservar a estabilidade da demanda, não configura cerceamento de defesa.

Assim restou consignado no acórdão proferido no agravo regimental na medida cautelar n. 5.328/RJ¹⁹⁸, em que relatora a Ministra Laurita Vaz:

“AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. PROCESSO CIVIL. REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE*. ART. 7º, § 2º, DA LEI N.º 9.868/99. RECUSA DO ÓRGÃO JULGADOR. PROCESSO DEVIDAMENTE INSTRUÍDO E PRONTO PARA JULGAMENTO.

¹⁹⁷ Assim se decidiu no agravo regimental proferido no recurso especial n. 775.461/DF, em que foi relator o Ministro Gilson Dipp, em julgamento proferido no dia 06/12/2005 e publicado no DJ do dia 01.02.2006, p. 604.

¹⁹⁸ Julgamento ocorrido no dia 17/09/2002 e publicado no DJ do dia 10.02.2003, p. 174.

ULTRAPASSAGEM DO MOMENTO OPORTUNO. ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não se afigura plausível, a essa altura, o direito argüido, mormente tendo em vista a superação do momento processual oportuno para a admissão da manifestação pretendida, que é justamente o prazo inicial de trinta dias destinado à instrução do feito com a colhida das informações pertinentes.

2. O processo em questão, como se sabe, é de natureza objetiva, onde não se discute situações individuais, pelo que não há se falar em 'seríssimo cerceamento de defesa'.

3. Agravo Regimental improvido”.

Realmente os tribunais devem evitar que a intervenção do *amicus curiae* possa tumultuar a necessária estabilidade da demanda.

Registre-se que a eventual intervenção de órgão público federal, na qualidade de *amicus curiae*, pode suscitar a questão da estabilidade da competência do juízo. Vejamos.

A Lei n. 8.884/1994 transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal, além de dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

O art. 89 da mesma lei ainda estabelece que, *nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.*

Essa possibilidade de intervenção do CADE se dá, segundo pacífica doutrina, na qualidade de *amicus curiae*.

O ingresso de autarquia federal na demanda que tramita perante a justiça estadual, por exemplo, leva ao deslocamento da competência para a esfera federal.

Sobretudo quando a União, valendo-se do disposto no art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.469/97, também ingressa na demanda: *A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.*

O parágrafo único do citado dispositivo legal ainda estabelece que *as pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.*

Caso concreto foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial n. 737.073/RS¹⁹⁹, em que foi relator o Ministro Luiz Fux:

¹⁹⁹ Julgamento ocorrido no dia 06/12/2005 e publicado no DJ do dia 13.02.2006, p. 700.

“RECURSO ESPECIAL. ANTV. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERVENÇÃO DO CADE COMO *AMICUS CURIAE*. INTERVENÇÃO DA UNIÃO COMO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Recurso especial interposto contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento que desafiou decisão saneadora, *verbis*: ‘A competência deste juízo já foi firmada, oportunamente, com a intervenção do CADE na lide, autarquia federal, cuja presença, nos termos do arts. 109, I, da CF, atrai a competência da Justiça Federal.’

2. É assente na Corte que inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A regra inscrita no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97 e art. 89 da Lei 8.884/94 contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* em nosso Direito. Deveras, por força de lei, a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica, é de assistência.

4. *In casu*, a própria União confirmou sua atuação como assistente do Ministério Público Federal (fls.

561/565 e fl. 375), o que, à luz do art. 109, I, da Constituição Federal, torna inarredável a competência da Justiça Federal.

5. Por derradeiro, atuando o Ministério Público Federal no pólo ativo da Ação Civil Pública, inequívoca é a competência da Justiça Federal, consoante o entendimento deste Eg. STJ, *verbis*: 'Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E enquanto a União figurar no pólo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (súmula 150/STJ).' (CC 40. 534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/2004)

6. Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*.

7. Recurso especial desprovido”.

A intervenção do *amicus curiae*, portanto, pode ser considerado outro fator de instabilidade subjetiva da demanda.

Daí o acerto da jurisprudência em limitar essa intervenção ao controle discricionário do Judiciário e não permitir que o ingresso

ocorra em qualquer momento do processo. A jurisprudência também limita a legitimidade recursal, sendo que vem afirmando a ilegitimidade do *amicus curiae* para recorrer.

A propósito, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar os embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.105/DF²⁰⁰, em que foi relator o Ministro Cezar Peluso:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI. *Amicus curiae*. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal. Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. *Amicus curiae* não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo da que o não admita como tal no processo”.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.591/DF²⁰¹, em que relator o Ministro Eros Grau, voltou a afirmar que “entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos”.

De qualquer forma, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* muito tem contribuído para a legitimidade das decisões

²⁰⁰ Julgamento ocorrido no dia 02/02/2007 e publicado no DJ do dia 23-02-2007, p. 17.

²⁰¹ Julgamento ocorrido no dia 14/12/2006 e publicado no DJ do dia 13-04-2007, p. 83.

proferidas nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, como magnificamente restou assentado no julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.321/DF²⁰², em que relator o Ministro Celso de Mello. Oportuna a reprodução do seguinte trecho do acórdão:

“PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "AMICUS CURIAE": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do *amicus curiae* no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional,

²⁰² Julgamento ocorrido no dia 25/10/2000 e publicado no DJ do dia 10-06-2005, p. 04.

permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade”.

3.3.4. Competência, causas de modificação e estabilidade nas ações coletivas

O estudo da competência e das causas que a modificam, como a conexão e a continência, também vai revelar aspectos peculiares no caso das ações coletivas. Vamos começar, porém, com as noções gerais.

3.3.4.1. Noções gerais

A Lei da Ação Civil Pública, no art. 2º, enuncia a regra geral de competência no caso da tutela de direitos difusos e coletivos.

Conforme o mencionado dispositivo legal, as ações serão propostas no foro do local onde ocorreu o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Segundo entendimento de vários doutrinadores, trata-se de competência absoluta, por se referir o legislador ao critério funcional.

Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso²⁰³, “o legislador atrelou dois critérios fixadores de competência que, ordinariamente, aparecem separados, porque um – o local do fato – conduz à chamada competência ‘relativa’, prorrogável, porque estabelecida em função do interesse das partes ou da facilidade para a colheita da prova; outro – competência funcional – leva à chamada competência ‘absoluta’, improrrogável e inderrogável, porque firmada em razões de ordem pública, de interesse do processo”.

O autor²⁰⁴, então, após concluir que a regra de competência é absoluta, acrescenta que “é plenamente justificável que assim seja: é claro que é o juízo ‘do local onde ocorrer o dano’ o mais indicado, mais habilitado na espécie, pela proximidade física com o evento. Demais disso, a ação é de índole reparatória, condenatória; o objeto prevalecente é o dano produzido e a recondução das coisas ao *statu quo ante*”.

Motauri Ciocchetti de Souza²⁰⁵ também conclui que a competência é absoluta, informando que o legislador utilizou-se de um *critério composto* (territorial-funcional): “A lei, portanto, utilizou-se da somatória de dois critérios para a fixação da competência: de início, traçou regra territorial (juiz do local do dano) e, em arremate, disse que ela será funcional”.

Nestes termos, a competência do artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública é absoluta, considerado o interesse público no sentido de que a causa seja julgada no juízo do local do dano.

²⁰³ *Ação civil pública*, cit., p. 51.

²⁰⁴ *Ação civil pública*, cit., p. 53.

²⁰⁵ *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 95.

A razão foi bem explicitada no julgamento do conflito de competência n. 39.111/RJ²⁰⁶, em que foi relator o Ministro Luiz Fux: “A *ratio essendi* da competência para a ação civil pública ambiental, calca-se no princípio da efetividade, por isso que, o juízo federal do local do dano habilita-se, funcionalmente, na percepção da degradação ao meio ambiente posto em condições ideais para a obtenção dos elementos de convicção conducentes ao desate da lide”.

3.3.4.2. As causas de modificação da competência (conexão e continência), a prevenção e a repercussão nas ações coletivas

A conexão e a continência podem determinar a modificação da competência, nos termos do art. 102 do CPC.

Conforme Athos Gusmão Carneiro²⁰⁷, “determinadas circunstâncias modificam, *em casos concretos*, a aplicação das regras gerais de competência, fazendo com que a competência para conhecer de determinada causa venha a ser do juiz A, embora *em tese* o juiz competente devesse ser (ou continuar a ser) o juiz B (CPC, art. 102)”.

O art. 103 do CPC trata da conexão objetiva: *Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.*

O grande objetivo do art. 103 é evitar decisões contraditórias, de tal forma que a conexão pode determinar a reunião das ações para julgamento conjunto, o que evita sejam proferidas decisões conflitantes.

²⁰⁶ Julgamento ocorrido no dia 13/12/2004 e publicado no DJ do dia 28.02.2005, p. 178.

²⁰⁷ *Jurisdição e competência*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 65.

Assim, embora a conexão possa ser objetiva ou subjetiva, pois, em tese, ela pode ocorrer quando há coincidência de qualquer dos elementos da ação (partes, pedido ou causa de pedir), é a coincidência da causa de pedir que traz os maiores problemas.

Conforme observam Nelson e Rosa Nery²⁰⁸, “os juízos por onde se processam ações conexas são competentes, isoladamente, para o julgamento das causas. A conexão é causa modificadora dessa competência, fazendo com que as causas conexas sejam reunidas para obter julgamento conjunto, a fim de evitarem-se decisões conflitantes”.

Note que a conexão modifica a competência relativa do juízo, mas não pode modificar a competência absoluta.

A questão foi bem observada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do conflito de competência n. 53.435/RJ²⁰⁹, em que foi relator o Ministro Castro Filho:

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

A conexão, conforme artigo 301, VII, do CPC, deve ser alegada em preliminar de contestação.

Todavia, trata-se de matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício pelo juiz, bem como pode ser alegada pelo Ministério Público.

²⁰⁸ *Código de processo civil comentado*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 576.

²⁰⁹ Julgamento ocorrido no dia 08/11/2006 e publicado no DJ do dia 29.06.2007, p. 481.

No julgamento do conflito de competência n. 25.735/SP²¹⁰, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, foi proclamado o caráter da conexão:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA -
MANDADO DE SEGURANÇA - CONEXÃO - MATÉRIA DE
ORDEM PÚBLICA - EXAME EX OFFICIO.

1 - A conexão é causa de modificação de competência, não um critério de fixação de competência. Envolve, pois, matéria de ordem pública, examinável de ofício, nos moldes da autorização legal contida no art. 301, § 4º.

2 - Embora não seja cogente a regra do art. 105 do CPC, uma vez, oportuna a reunião dos processos conexos e havendo possibilidade de grave incidência de contradição dos julgados deve o juiz reunir as ações, ligadas pelo objeto ou pela causa de pedir, para julgamento conjunto”.

Prevalece o entendimento no sentido de que o art. 105 do CPC atribui ao julgador certa discricionariedade na avaliação da intensidade da conexão.

No julgamento do recurso especial n. 112.647/RJ²¹¹, em que relator o Ministro Peçanha Martins, a questão foi bem exposta: “O julgador dispõe de discricionariedade para avaliar a intensidade da conexão entre as ações e julgar uma independente das outras, sem

²¹⁰ Julgamento ocorrido no dia 07/04/2000 e publicado no DJ do dia 15.05.2000, p. 114.

²¹¹ Julgamento ocorrido no dia 13/10/1998 e publicado no DJ do dia 22.03.1999, p. 162.

que isto advenha em prejuízo, tanto mais quando, como reconhecido no acórdão impugnado, as pretensões deduzidas nas ações não são absolutamente idênticas”.

Assim, podemos chegar à conclusão de que não havendo o risco da contrariedade entre os julgados, não é obrigatória a reunião de processos, mas facultativa.

Há, porém, divergências doutrinárias.

Nelson e Rosa Nery²¹² manifestam-se pela obrigatoriedade: “Sendo a conexão matéria de ordem pública, o juiz é obrigado a determinar a reunião de ações conexas para julgamento, nada obstante esteja consignado na norma ora comentada que o juiz “pode ordenar”. O magistrado não pode examinar a conveniência ou oportunidade da reunião, pois o comando emergente do CPC 105 é cogente: o juiz tem o dever legal, de ofício, de reunir as ações conexas para julgamento conjunto. No mesmo sentido: Barbi, *Coment.*, 609, 286”.

A continência também é definida pelo CPC, no artigo 104: dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

Há possibilidade de continência em ação coletiva, tanto que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o conflito de competência n. 22.682/RS²¹³, em acórdão em que foi relator o Ministro Franciulli Netto, reconheceu a existência de relação de continência entre duas ações civis públicas:

²¹² *Código de processo*, cit., p. 579.

²¹³ Julgamento ocorrido no dia 09/04/2003 e publicado no DJ do dia 12.05.2003, p. 206.

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RELAÇÃO DE CONTINÊNCIA”.

A conexão e a continência trazem outra possibilidade de *instabilidade da demanda*, pois podem determinar a alteração da competência, considerando a possibilidade do juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

A incidência dos institutos nas ações coletivas é muito comum.

Tanto que Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001, determinou a inclusão do parágrafo único ao art. 2º da Lei n. 7.347/85 para consignar, expressamente, que *a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto*.

O dispositivo tem sido invocado pelo Superior Tribunal de Justiça, como se vê no julgamento do conflito de competência n. 45.297/DF²¹⁴, em que foi relator o Ministro João Otávio de Noronha:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA.
CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO DE

²¹⁴ Julgamento ocorrido no dia 14/09/2005 e publicado no DJ do dia 17.10.2005, p. 163.

TELEFONIA. ANATEL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUMENTO DE TARIFAS. CONEXÃO. PREVENÇÃO. ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 7.347/85.

1. Nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, a Justiça Federal é competente para julgar as causas em que integra o pólo passivo da relação processual entidade da Administração Pública Federal Indireta responsável pela regulação dos contratos de concessão de serviço público de telefonia.

2. 'A configuração do instituto da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que, entre elas preexista um liame que as torne passíveis de decisões unificadas' (CC n. 22.123-MG, relator Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, DJ de 14.6.1999).

3. A propositura da ação previne a jurisdição para todas as ações coletivas posteriormente intentadas, por força do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei 7.437, de 1985.

4. Precedente do STJ: Conflito de Competência n. 39.590-RJ, Primeira Seção, relator Ministro Castro Meira, DJ de 15.9.2003.

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal”.

A segurança das relações de consumo também tem sido invocada pelo Superior Tribunal de Justiça para determinar a reunião de demandas coletivas. É o que se deu no julgamento do conflito de competência n. 39590/RJ²¹⁵, em que foi relator o Ministro Castro Meira:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONCESSIONÁRIAS DE TELEFONIA. ANATEL. AUMENTO DE TARIFAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEI 7.437/85.

1. Recomendável a reunião das mais de vinte ações que combatiam o aumento de tarifas autorizado pela ANATEL às operadoras de telefonia a fim de que fosse preservada a segurança jurídica nas relações de consumo do setor, em face da conexão.

2. A competência para julgamento é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Carta Magna, por cuidar-se de causa em que entidade autárquica, como é o caso, integra o pólo passivo da relação processual.

3. Em seu art. 90, o Código de Defesa do Consumidor manda aplicar às ações coletivas nele previstas as normas do Código de Processo Civil e da Ação Civil Pública (Lei nº 7.437/85).

4. A prevenção, em se tratando de ação civil pública, é determinada pela propositura da ação, consoante o art. 2o, parágrafo único, da Lei 7.437/85. Deve-se reconhecer a precedência do juízo onde foi

²¹⁵ Julgamento ocorrido em 27/08/2003 e publicado no DJ do dia 15.09.2003, p. 229.

proposta a primeira ação coletiva, ainda que tenha declarado extinto o feito, sem irresignação das partes interessadas, se tal decisão foi submetida ao duplo grau de jurisdição.

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara Federal do Distrito Federal”.

Em ações coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos, o Superior Tribunal de Justiça utiliza como critério, para a reunião ou não das demandas coletivas, verificar se serão atingidas ou não as mesmas partes substituídas processualmente. Em caso negativo, entende-se que não é o caso de reunião das ações.

Oportuno, sobre o tema, o acórdão da lavra da Ministra Eliana Calmon, ao julgar o conflito de competência n. 56.228/MG²¹⁶:

“PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – CONEXÃO ENTRE DUAS AÇÕES COLETIVAS (AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MPF EM SÃO PAULO E IDÊNTICA AÇÃO AJUIZADA EM MINAS GERAIS PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR) - ART. 2º-A DA LEI 9.494/97.

1. A reunião de processos por conexão decorre do princípio da segurança jurídica e deve ser levada a termo quando vislumbrada a possibilidade de serem

²¹⁶ Julgamento ocorrido em 14/11/2007 e publicado no DJ do dia 03.12.2007, p. 250.

proferidas decisões contraditórias que possam vir a incidir sobre as mesmas partes.

2. O provimento jurisdicional a ser prolatado em cada uma das demandas ora analisadas vai recair sobre relações jurídicas formadas por partes distintas, haja vista que os substitutos processuais representam interesses individuais homogêneos de consumidores situados em diferentes unidades da federação. Separação dos processos em obediência à competência territorial.

3. Eficácia subjetiva das sentenças que incidirá sobre os substituídos domiciliados no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Inteligência do art. 2º-A da Lei 9.494/97.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Presidente Prudente - SJ/SP, o suscitado”.

A espécie de ação coletiva não é fator que impede o reconhecimento da conexão. Tanto que o Superior Tribunal de Justiça já a reconheceu, por exemplo, no caso de ação civil pública e ações populares, como se vê do acórdão lançado no julgamento do conflito de competência n. 36.439/SC²¹⁷, em que relator o Ministro Luiz Fux:

“CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA.
JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO CIVIL

²¹⁷ Julgamento ocorrido no dia 08/10/2003 e publicado no DJ do dia 17.11.2003, p. 197.

PÚBLICA E AÇÕES POPULARES COM O FIM COMUM DE ANULAR PROCESSO DE LICITAÇÃO. CONEXÃO. PORTO DE ITAJAÍ. OBRAS REALIZADAS SOBRE BENS DE DOMÍNIO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Competência da Justiça Federal fixada, anteriormente, em conflito julgado pela Seção. Conflito renovado (CC 32.476-SC), sob o fundamento de que compete à Justiça Federal apreciar as causas nas quais estão sendo impugnados projetos que afetam bens da União, ainda que a implementação dessas obras tenha sido delegada a algum município.

2. A conexão das ações que, tramitando separadamente, podem gerar decisões contraditórias, implica a reunião dos processos em *unum et idem judex, in casu*, ações populares e ação civil pública, de interesse da União, posto versarem anulação de licitação sobre o Porto de Itajaí.

3. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Itajaí-SJ/SC”.

Interessante situação existe no caso da ação popular, pois a Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular), no art. 5º, § 3º, estabelece que *a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos*.

Fala-se, nesse caso, em juízo universal da ação popular, pois a propositura da primeira ação torna aquele juízo preventivo para todas as subseqüentes.

A preocupação com decisões contraditórias, nesse caso, chega ao extremo. Por isso, a *estabilidade do juízo* é preservada de forma rígida.

Para ilustrar, podemos citar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o conflito de competência n. 22.123/MG²¹⁸, em que foi relator o Ministro Demócrito Reinaldo:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES POPULARES AFORADAS PERANTE JUÍZOS DIFERENTES, MAS TODOS COM COMPETÊNCIA TERRITORIAL E VISANDO O MESMO OBJETIVO. CONFIGURAÇÃO DA CONEXÃO E A COMPETÊNCIA FIXADA PELA PREVENÇÃO.

O Juízo da Ação Popular é universal. A propositura da primeira ação previne a jurisdição do juízo para as subseqüentemente intentadas contra as mesmas partes e sob a égide de iguais ou aproximados fundamentos.

Para caracterizar a conexão (arts. 103 e 106 do CPC), na forma em que está definida em lei, não é necessário que se cuide de causas idênticas (quanto aos fundamentos e ao objeto); basta que as ações sejam análogas, semelhantes, visto como o escopo da junção das demandas para um único julgamento é a mera possibilidade da superveniência de julgamentos discrepantes, com prejuízos para o conceito do Judiciário, como Instituição.

²¹⁸ Julgamento ocorrido no dia 14/04/1999 e publicado no DJ do dia 14.06.1999, p. 100.

A interpretação literal, estrita do preceito legal expungiria, do direito pátrio, o instituto da prevenção, nas ações populares. A compreensão e o sentido do dispositivo indicado (art. 5º, § 3º) hão de ser buscados em conjunção com o Código de Processo, que, como se sabe, define os princípios processuais aplicáveis, também, às leis extravagantes.

O malefício das decisões contraditórias sobre a mesma relação de direitos consubstancia a espinha dorsal da construção doutrinária inspiradora do princípio do *simultaneus processus* a que se reduz a criação do *forum connexitatis materialis*. O acatamento e o respeito às decisões da Justiça constituem o alicerce do Poder Judiciário que se desprestigiaria na medida em que dois ou mais Juízes proferissem decisões conflitantes sobre a mesma relação jurídica ou sobre o mesmo objeto da prestação jurisdicional.

A configuração do instituto da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que, entre elas preexista um liame que as torne passíveis de decisões unificadas.

Conflito de Competência que se julga procedente, declarando-se competente para processar e julgar as ações populares descritas na inicial, o Juízo Federal da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, por ser o provento, in casu, ficando cassada a liminar anteriormente concedida, para o que devem ser remetidas todas as ações (30 ações populares).

Decisão indiscrepante”.

No caso de ação de improbidade, o tratamento legal é idêntico.

Com efeito, a Lei n. 8.429/92, que regula a ação de improbidade, estabelece no art. 17, § 5º, que *a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.*

A prevenção não deveria comprometer a estabilidade da demanda, pois não é causa de modificação da competência.

Athos Carneiro²¹⁹ afirma que “a prevenção não é propriamente um critério de ‘determinação’ da competência, e sim de ‘fixação’ da competência. Devemos supor dois ou mais juízos que, pelas regras gerais, seriam, em tese, igualmente competentes. Pela prevenção, apenas em um deles a competência é ‘fixada’, tornando-se os demais incompetentes.

Segundo o citado artigo, correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar.

A prevenção também tem por finalidade principal evitar decisões contraditórias, mesmo porque a prevenção interessa para as ações que são conexas.

O instituto da prevenção, no caso das ações coletivas, é fundamental para a determinação da competência no caso de lesão ou ameaça de lesão em mais de uma comarca.

O art. 2º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) estabelece que as ações serão propostas no foro do local onde

²¹⁹ *Jurisdição e competência*, cit., p. 66.

ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Se o dano ocorrer afetar várias comarcas, todas, em tese, são igualmente competentes para o conhecimento e o julgamento da ação civil pública.

Por isso, fixa-se a competência pela prevenção.

Nesse sentido José Marcelo Menezes Vigliar²²⁰: “ocorrendo a lesão (ou ameaça) em mais de uma comarca, com mais de um juízo em princípio competente, o critério determinante da fixação da competência será o da prevenção, na forma que o Código de Processo Civil disciplina”.

No mesmo sentido Nelson e Rosa Nery²²¹ afirmam que “a competência é do foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Caso o dano se verifique em mais de uma comarca, é competente qualquer uma delas, resolvendo-se a questão pela prevenção (CPC 106, 107, 219 e 263)”.

Também essa é a lição de Motaui Ciocchetti de Souza²²²: “Tendo em conta o critério traçado pelo art. 2º da Lei federal 7.347/1985, nada obsta a que determinada lesão a interesse metaindividual venha a atingir mais de uma comarca...”

Tratando-se da tutela coletiva vazada na Lei federal 7.347/1985, a seu tempo, a ação poderá ser proposta perante o juízo de qualquer das comarcas atingidas pelo dano (ou por sua ameaça).

Ocorrida qualquer das hipóteses acima elencadas, estaremos diante de situação de *competência concorrente*.

²²⁰ *Ação civil pública*, 2ª ed., São Paulo: Atlas: 1998, p. 55.

²²¹ *Código de processo*, cit., p. 1510.

²²² *Ação civil pública*, cit., p. 81-82.

Considerada a necessidade de fixarmos a competência em um único órgão jurisdicional – inclusive com o escopo de obstar à duplicidade de causas (ensejadora de litispendência, nos moldes do art. 301, §§ 1º a 3º, do CPC, com as conseqüências previstas no art. 267, V, do mesmo Codex) -, de qual instrumento ou fórmula deveremos nos valer?

A resposta encontra-se no art. 219 do Código de Processo Civil e é representada pelo instituto da *prevenção*, que implica a “fixação da competência de um juízo em face de outros juízos que também seriam em tese competentes”.

Há outra hipótese de ser utilizado o critério da prevenção.

É possível falar em prevenção também na hipótese de danos interestaduais.

A matéria comporta divergências, uma vez que alguns autores chegam a sustentar a competência da Justiça Federal neste caso.

Todavia, a matéria foi muito bem tratada por Motauci Ciochetti de Souza²²³ que, com propriedade, demonstrou que “atingindo o dano (ou sua ameaça) mais de um Estado-membro a situação ensejará conflito de competência, que deverá ser solucionado por intermédio do instituto da prevenção – como ocorre, aliás, quando a lesão alcança comarcas distintas inseridas na mesma unidade federada”.

3.3.4.3. A questão dos danos nacionais

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 93, traz uma regra que suscita uma série de controvérsias, ao estabelecer o

²²³ *Ação civil pública*, cit., p. 123.

seguinte: *Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:*

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

Ada Pellegrini Grinover²²⁴, sobre o artigo 93, do CDC, assim se manifesta: “sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na Capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal.

Essa interpretação reduziria os casos de competência concorrente, que de qualquer modo, seriam solucionados pelos critérios do Código de Processo Civil, inclusive quanto à prevenção (arts. 105 e 106 do CPC).

No entanto, não tem sido esta a posição da jurisprudência, que entende, em caso de danos de âmbito nacional, ser o foro da Capital dos Estados ou do Distrito Federal concorrente. No mesmo sentido, manifestou-se autorizada doutrina (Arruda Alvim e Thereza Alvim)”.

Como bem observou Ada Pellegrini Grinover, esse entendimento não é pacífico e, além disso, é minoritário.

²²⁴ *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 683-684.

Motauri Ciocchetti de Souza²²⁵ conclui que “a regra inserta no art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor não comporta aplicação em sede de tutela dos interesses metaindividuais”.

No entender do autor, só seria aplicável essa regra de competência aos direitos individuais homogêneos.

A propósito, afirma²²⁶ que “o artigo 93 trouxe regra de competência típica para o julgamento de ações que tenham por escopo a tutela de interesses individuais homogêneos”.

Por isso, a regra tem sido aplicada, com acerto, no caso da tutela do consumidor.

É o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do conflito de competência n. 28.003/RJ²²⁷, em que foi relator o Ministro Nilson Naves

“Campeonato Brasileiro de Clubes de Futebol Profissional. Ação cautelar e ação civil pública (intentadas nos foros das Capitais do Rio de Janeiro e São Paulo e no Distrito Federal). Dano (âmbito nacional). Entidade autárquica (interesse). Competência.

1. A ação civil pública há de ser proposta no foro do local onde ocorre o dano. É de natureza funcional (Lei nº 7.347/85, art. 2º).

2. Tratando-se de dano de âmbito nacional, caso em que o dano transcende a área geográfica de mais

²²⁵ *Ação civil pública*, cit., p. 103.

²²⁶ *Ação civil pública*, cit., p. 111.

²²⁷ Julgamento ocorrido no dia 24/11/1999 e publicado no DJ do dia 11.03.2002, p. 159.

de um Estado, é competente para a causa o foro do Distrito Federal (Cód. de Def. do Consumidor, art. 93, II).

3. Entidade autárquica figurando no pólo passivo de uma das ações.

4. Conflito conhecido e declarada competente a Justiça Federal do Distrito Federal”.

3.3.4.4. A questão da delegação da competência da Justiça Federal à Estadual

A possibilidade de delegação da competência da justiça federal à justiça estadual está assegurada no artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, segundo o qual *serão processadas e julgadas na Justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela Justiça estadual.*

Foi muito discutida se o mencionado dispositivo constitucional deveria ser aplicado no caso de ação civil pública em que há interesse da União, como ocorre no caso em que ela é ré, e o foro do local não é sede de vara da justiça federal.

O Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento sumulado atribuindo a competência, nesse caso, à justiça estadual. Com efeito, esse era o enunciado da Súmula n. 183: *Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça*

Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.

Por exemplo, no julgamento do conflito de competência n. 2.230/RO²²⁸, o Superior Tribunal de Justiça consignou que “compete à justiça estadual em primeiro grau processar e julgar ação civil pública visando a proteção ao patrimônio público e ao meio ambiente, mesmo no caso de comprovado interesse da União no seu deslinde. Compatibilidade, no caso, do art. 2º da Lei n. 7.347, de 24.7.85, com o art. 109, parágrafos 2º e 3º da Constituição”.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, em 10/02/2000, ao julgar o recurso extraordinário n. 228.955/RS²²⁹, entendeu que a competência, no caso, é da justiça federal:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I E § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 2º DA LEI Nº 7.347/85. O dispositivo contido na parte final do § 3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (*rectius* jurisdição) ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido artigo 109. No caso em tela, a permissão não foi utilizada pelo legislador que,

²²⁸ Relator Ministro Antonio de Pádua Ribeiro. Julgamento ocorrido no dia 26/11/1991 e publicado no DJ do dia 16.12.1991, p. 18.491.

²²⁹ Relator Ministro Ilmar Galvão. Publicação no DJ do dia 24-03-2001, p. 70.

ao revés, se limitou, no art. 2º da Lei nº 7.347/85, a estabelecer que as ações nele previstas 'serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa'. Considerando que o Juiz Federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu".

Como a questão, no caso, é constitucional, coube ao Superior Tribunal de Justiça adotar o entendimento da Suprema Corte e revogar a Súmula n. 183, o que se deu no julgamento dos embargos de declaração no conflito de competência n. 27.676-BA²³⁰, ocorrido na sessão de 08/11/2000:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOCAL DO DANO. JUÍZO FEDERAL. ART. 109, I, E § 3º, DA CF/88. ART. 2º, DA LEI 7.347/85.

1 - O tema em debate, por ser de natureza estritamente constitucional, deve ter a sua

²³⁰ Relator Ministro José Delgado. DJ do dia 05.03.2001, p. 118.

interpretação rendida ao posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o dispositivo contido na parte final do art. 3º, do art. 109, da CF/88, é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou do fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Vara da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I, do referido art. 109. No caso dos autos, o Município onde ocorreu o dano não integra apenas o foro estadual da comarca local, mas também o das Varas Federais.

2 - Cancelamento da Súmula nº 183, deste Superior Tribunal de Justiça, que se declara.

3 - Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para o fim de reconhecer o Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia”.

Portanto, compete à justiça federal do local do dano a competência para julgar ação civil em que há interesse da União ou das demais pessoas jurídicas mencionadas no art. 109, I, da Constituição Federal.

O legislador pode delegar a competência, nesse caso, à justiça estadual. Porém, não há norma, até o momento, delegando referida competência.

3.3.4.5. A preocupação com a efetividade da tutela no caso de ação popular: a flexibilização da competência a favor do cidadão

Como temos visto no presente trabalho, prevalecem as regras relacionadas à estabilidade da demanda no caso de tutela coletiva. Todavia, também é constante a presença de características peculiares, seja para garantir maior estabilidade da demanda, como se vê da maior limitação ao ingresso de terceiros em demanda coletiva, seja para flexibilizar algumas regras.

Interessante flexibilização da competência, a favor do cidadão e, portanto, da tutela do patrimônio público, ocorre no caso de ação popular para a defesa do patrimônio público.

A Lei n. 4.717/65, que disciplina a ação popular, estabelece em seu art. 5º que a competência para processamento e julgamento da ação popular se dá em função da origem do ato impugnado. Por isso, é de competência da Justiça Federal o processamento e julgamento da ação popular em que há interesse da União. Tal ocorre, por exemplo, se é discutido ato ilegal e lesivo praticado por autoridade federal.

Definida a competência da justiça federal (*competência de jurisdição*), na análise da competência territorial deveria prevalecer foro do local onde se consumou o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público.

A jurisprudência, porém, tem relativizado a regra a favor da tutela mais efetiva do patrimônio público, fazendo prevalecer o foro do domicílio do autor a fim de que não existam restrições ou maiores dificuldades à propositura da ação pelos cidadãos.

Extremamente oportuna a transcrição do acórdão proferido no julgamento do conflito de competência n. 47.950/DF²³¹, em que foi relatora a Ministra Denise Arruda

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO POPULAR AJUIZADA EM FACE DA UNIÃO. LEI 4.717/65. POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DA AÇÃO NO FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR. APLICAÇÃO DOS ARTS. 99, I, DO CPC, E 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Não havendo dúvidas quanto à competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação popular proposta em face da União, cabe, no presente conflito, determinar o foro competente para tanto: se o de Brasília (local em que se consumou o ato danoso), ou do Rio de Janeiro (domicílio do autor).

2. A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 5º, LXXIII, que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência". Tal ação é regulada pela Lei 4.717/65, recepcionada pela Carta Magna.

3. O art. 5º da referida norma legal determina que a competência para processamento e julgamento

²³¹ Julgamento ocorrido no dia 11/04/2007 e publicado no DJ do dia 07.05.2007, p. 252.

da ação popular será aferida considerando-se a origem do ato impugnado. Assim, caberá à Justiça Federal apreciar a controvérsia se houver interesse da União, e à Justiça Estadual se o interesse for dos Estados ou dos Municípios. A citada Lei 4.717/65, entretanto, em nenhum momento fixa o foro em que a ação popular deve ser ajuizada, dispondo, apenas, em seu art. 22, serem aplicáveis as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos da Lei, nem a natureza específica da ação. Portanto, para se fixar o foro competente para apreciar a ação em comento, mostra-se necessário considerar o objetivo maior da ação popular, isto é, o que esse instrumento previsto na Carta Magna, e colocado à disposição do cidadão, visa proporcionar.

4. Segundo a doutrina, o direito do cidadão de promover a ação popular constitui um direito político fundamental, da mesma natureza de outros direitos políticos previstos na Constituição Federal. Caracteriza, a ação popular, um instrumento que garante à coletividade a oportunidade de fiscalizar os atos praticados pelos governantes, de modo a poder impugnar qualquer medida tomada que cause danos à sociedade como um todo, ou seja, visa a proteger direitos transindividuais. Não pode, por conseguinte, o exercício desse direito sofrer restrições, isto é, não se pode admitir a criação de entraves que venham a inibir a atuação do cidadão na proteção de interesses que dizem respeito a toda a coletividade.

5. Assim, tem-se por desarrazoado determinar-se como foro competente para julgamento da ação popular, na presente hipótese, o do local em que se consumou o ato, ou seja, o de Brasília. Isso porque tal entendimento dificultaria a atuação do autor, que tem domicílio no Rio de Janeiro.

6. Considerando a necessidade de assegurar o cumprimento do preceito constitucional que garante a todo cidadão a defesa de interesses coletivos (art. 5º, LXXIII), devem ser empregadas as regras de competência constantes do Código de Processo Civil - cuja aplicação está prevista na Lei 4.717/65 -, haja vista serem as que melhor atendem a esse propósito.

7. Nos termos do inciso I do art. 99 do CPC, para as causas em que a União for ré, é competente o foro da Capital do Estado. Esse dispositivo, todavia, deve ser interpretado em conformidade com o § 2º do art. 109 da Constituição Federal, de modo que, em tal caso, "poderá o autor propor a ação no foro de seu domicílio, no foro do local do ato ou fato, no foro da situação do bem ou no foro do Distrito Federal" (PIZZOL, Patrícia Miranda. "Código de Processo Civil Interpretado", Coordenador Antônio Carlos Marcato, São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 269). Trata-se, assim, de competência concorrente, ou seja, a ação pode ser ajuizada em quaisquer desses foros.

8. Na hipótese dos autos, portanto, em que a ação popular foi proposta contra a União, não há falar

em incompetência, seja relativa, seja absoluta, do Juízo Federal do domicílio do demandante.

9. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o suscitado”.

Como se percebe, a jurisprudência está muito atenta à necessidade de permitir algumas flexibilizações a favor da maior efetividade da tutela dos direitos fundamentais do cidadão.

Por isso, tem conciliado com muita sabedoria, no nosso entender, a necessidade de estabilidade da demanda com a necessidade de flexibilizar a tutela coletiva em vários aspectos.

Extremamente importante que o cidadão possa ajuizar a ação popular no foro do seu domicílio.

3.3.4.6. A questão da competência para a ação de improbidade

A ação de improbidade tem por principal finalidade a repressão aos agentes públicos, servidores ou não, no caso da prática de atos que levem ao enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Por isso, os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Estão sujeitos às sanções da lei, além de todos os servidores públicos, os Governadores, o Vice-Presidente da República, os Prefeitos, os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, os Senadores, Deputados Federais e Estaduais.

Discute-se se o Presidente da República estaria excluído do regime da Lei n. 8.429, uma vez que está sujeito à disciplina específica dos artigos 85 e 86 da Constituição Federal.

Para Francisco Octavio de Almeida Prado²³², “no tocante ao Presidente da República é importante observar que a ele não se poderá aplicar a sanção de perda da função pública. É que a responsabilidade do Presidente da República mereceu disciplina especial por parte da Constituição da República, cujo art. 85 remete à lei especial a definição de crimes de responsabilidade a ele imputáveis. Esses crimes estão definidos na Lei federal 1.079, de 1950, que prefigura as hipóteses autorizadoras do *impeachment*. De outra parte, a pena de suspensão dos direitos políticos prevista pela Lei 8.429 também não alcança o Presidente da República, que, condenado por crime de responsabilidade, sofrerá a pena de inabilitação para o exercício de função pública por oito anos (CF, art. 52, parágrafo único)”.

Com relação aos magistrados e membros do Ministério Público, Motauro Ciochetti de Souza²³³ afirma que estão sujeitos aos princípios da Lei 8429/92, porém “a perda do cargo somente ocorrerá por decisão judicial tirada em ação civil que tenha essa finalidade específica, a qual será proposta nas hipóteses de prática de crime incompatível como exercício do cargo, após decisão

²³² *Improbidade administrativa*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 69.

²³³ *Ação civil pública*, cit., p. 103.

judicial transitada em julgado; exercício da advocacia; ou do abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos”.

José Augusto Delgado²³⁴, invocando Fábio Medina Osório, afirma que “Juízes e Promotores de Justiça não estão imunes às sanções da Lei n. 8.429/92, sequer gozando de prerrogativa de foro, pois a demanda cível poderia ser ajuizada perante o primeiro grau jurisdicional.

Penso que a Lei n. 8.429/92 não pode ensejar prerrogativa de foro, pois não ostenta caráter criminal. A perda da função pública para Juízes e Promotores de Justiça, ademais, submete-se ao juízo cível *lato sensu*. Note-se, de fato, que idênticas assertivas se aplicam aos Prefeitos Municipais.

O importante é ressaltar que nada impede, de qualquer sorte, ajuizamento de ação civil pública até mesmo contra o Presidente da República, ou contra Governadores e Parlamentares, desde que se observem as restrições materiais relativas a determinadas sanções, podendo ser cobrados, pois, o ressarcimento do dano, perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, pagamento de multa civil, independentemente de autorização legislativa para o respectivo processo, eis que se trata de demanda civil.

A Lei n. 8.429/92 não veda, pois, em caráter absoluto, a presença de alguma autoridade pública no pólo passivo de ação civil de improbidade, restringindo, apenas, em relação a algumas autoridades, determinadas sanções”.

²³⁴ *Improbidade administrativa*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 222-223.

Em relação aos membros do legislativo, também pode ser dito que a improbidade administrativa não pode se referir aos atos legislativos típicos.

Também é de se destacar a possibilidade de particulares serem atingidos pela Lei em análise.

Os particulares que podem figurar no pólo passivo da ação de improbidade são os colaboradores e beneficiários do ato de improbidade.

Os colaboradores são os co-autores do ato de improbidade, que concorreram para a prática do ato.

Os beneficiários são aqueles que, direta ou indiretamente, beneficiem-se do ato de improbidade.

A presença de agentes públicos no pólo passivo da ação de improbidade sempre suscitou controvérsias acerca da competência, sobretudo em face da alegada existência por prerrogativa de função.

Ocorre que os atos de improbidade administrativa são definidos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92 e podem acarretar graves sanções, que podem ser aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas.

As referidas sanções, contudo, não têm natureza penal. Mas a gravidade, que pode chegar à suspensão de direitos políticos, suscita o debate sobre o juízo competente para processar e julgar políticos acusados da prática de atos de improbidade administrativa.

A Lei n. 10.628/2002 deu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal e trouxe regras de competência para a ação de

improbidade com a inclusão dos §§ 1º e 2º ao mesmo dispositivo legal.

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

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

Institui-se, então, uma competência por prerrogativa de função em causa de natureza cível.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade n. 2.797/DF²³⁵, proposta pela Associação Nacional dos membros do Ministério Público (CONAMP), declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos acrescentados ao art. 84 do Código de Processo Penal.

O Supremo, por isso, consagrou natureza civil da ação de improbidade e acabou com a pretensão de que ela fosse equiparada a uma ação penal, consolidando o entendimento no sentido de que a ação compete ao juízo cível de primeiro grau de jurisdição.

Sendo assim, não há como falar em foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

²³⁵ Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento ocorrido no dia 15/09/2005 e publicado no DJ do dia 19-12-2006, p. 37.

3.3.5. A regra da estabilidade da demanda e a instrução da causa

A estabilidade da demanda, na fase instrutória, é muito menor no caso de ações coletivas.

Enquanto na jurisdição individual vigora uma regra estática do ônus da prova (art. 333 do CPC), na jurisdição coletiva a fixação do ônus da prova pode se dar de forma dinâmica, com a possibilidade de o juiz alterá-lo no curso da ação.

Utiliza-se o legislador, então, de regra que atenua a estabilidade das ações coletivas, em relação à instrução da causa.

A maior *instabilidade* é plenamente justificável, pois está diretamente relacionada à efetividade da tutela jurisdicional.

3.3.5.1. Incidência da inversão

A inversão do ônus da prova é uma das principais técnicas desenvolvidas para a maior efetividade da tutela jurisdicional. Pode decorrer de previsão legal expressa (sistema *ope legis*), como se dá no caso do art. 38 do Código de Defesa do Consumidor: *O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.*

A principal técnica de inversão do ônus da prova, contudo, decorre da outorga do poder ao juiz de determinar sua inversão no curso do processo (inversão *ope iudicis*).

A previsão legal mais genérica do poder judicial de inversão do ônus da prova decorre do art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Embora prevista genericamente no estatuto consumerista, deve-se entender como possível a inversão em ações de outra natureza.

Concordamos, pois, com Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery²³⁶ que entendem ser possível a inversão do ônus da prova em se tratando de tutela coletiva, não necessariamente do consumidor.

Os autores argumentam a incidência das normas processuais do CDC a toda ação coletiva que verse sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Principalmente em face do artigo 21 da LACP.

Além disso, como bem observam os citados autores²³⁷, a questão está ligada a princípios constitucionais fundamentais: “Seja para atingir a parte em sentido material ou processual, a inversão do ônus da prova leva em consideração a aplicação dos princípios constitucionais da isonomia e ampla defesa, de forma que, se se tratar de ação coletiva para tutela do meio ambiente, a hipossuficiência de que se trata, regra geral, será da coletividade diante daquele que se nos afigura como parte mais forte na relação jurídica, que é o poluidor. Portanto, a coletividade, titular do direito ao meio ambiente, poderá ser beneficiada pela decretação da inversão do ônus da prova a seu favor como regra de julgamento do juiz, seja para suprir (antes de prolatar a sentença) o *non liquet*, sempre que restar hipossuficiente técnica ou economicamente, ou, quando verossímeis as suas alegações”.

Por essa razão, ou seja, porque a inversão do ônus da prova está calcada em princípios constitucionais fundamentais,

²³⁶ *Direito processual*, cit., p. 144.

²³⁷ *Direito processual*, cit., p. 144.

entendemos que é perfeitamente possível a inversão do ônus da prova mesmo fora de uma ação civil pública que versa sobre questão consumerista.

3.3.5.2. Momento da inversão

Controvertem doutrina e jurisprudência sobre o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova.

Sandra Aparecida Sá dos Santos²³⁸ afirma que o momento do despacho inicial não é um momento adequado para a inversão do ônus da prova: “É que sem a peça contestatória não há como se fixar, na demanda, os pontos controvertidos, cuja demonstração dos fatos, para dirimir o conflito, deverá ser obtida por meio da produção da prova”.

Assiste razão à autora, pois a inversão deve ocorrer após a definição dos pontos controvertidos da demanda.

No outro extremo estão aqueles que sustentam deva ocorrer a inversão no momento da sentença. Kazuo Watanabe²³⁹, por exemplo, é categórico: “Quanto ao *momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova*, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do *julgamento da causa*. É que as regras de distribuição do ônus da prova são *regras de juízo* e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória”.

²³⁸ *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

²³⁹ *Código brasileiro de defesa do consumidor*, cit., p. 619.

Ocorre que, segundo Kazuo Watanabe²⁴⁰, “efetivamente, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível”.

O Kazuo Watanabe²⁴¹, contudo, adotando sugestão de Cecília Matos, entende que “é medida de boa política judiciária, na linha evolutiva do processo civil moderno, que confere ao juiz até mesmo atribuições assistenciais, que no despacho saneador ou em outro momento que preceda a fase instrutória da causa, o magistrado deixe advertido às partes que a regra de inversão do ônus da prova poderá, eventualmente, ser aplicada no momento do julgamento final da ação. Com semelhante providência ficará definitivamente afastada a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa”.

A inversão do ônus da prova no momento da sentença, todavia, compromete o princípio do contraditório e o da ampla defesa, principalmente porque a parte pode ser surpreendida com a inversão do ônus da prova sem ter oportunidade de produzir a prova que, inicialmente, não lhe competia.

Para Sandra Aparecida Sá dos Santos²⁴², “admitir essa hipótese (de inversão no momento da sentença) é violar, por inteiro, o diploma constitucional, especificamente, o princípio da

²⁴⁰ Código brasileiro de defesa do consumidor, cit., p. 620.

²⁴¹ Código brasileiro de defesa do consumidor, cit., 620.

²⁴² A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

ampla defesa (art. 5º, inc. LV), como também, o princípio do contraditório.

O fator surpresa não pode existir no processo, seja qual for a natureza do objeto, bem como no que concerne ao reconhecimento do direito, porque processo e surpresa são incompatíveis entre si”.

Aqueles que sustentam ser o momento da inversão o da sentença afirmam que a inversão em momento anterior representaria verdadeiro adiantamento da convicção do magistrado.

Sobre a crítica de que a inversão antes do julgamento pode representar um adiantamento de convicção do magistrado, afirma Sandra Aparecida Sá dos Santos²⁴³ que, “na verdade, o despacho que determina a inversão apenas declara existir alguma das hipóteses autorizadoras do art. 6º, inc. VIII, do CDC.

Esse fato não aponta que a decisão de mérito será favorável ao consumidor. Aliás, há vários julgados em que houve a mencionada inversão e o consumidor sucumbiu”.

Também Carlos Roberto Barbosa Moreira²⁴⁴ refuta o argumento: “O ato judicial de inversão apenas declara existente uma das situações que a autorizam, e, mesmo no caso de se reputar verossímil a alegação, nada obstará a que o juiz, após concluída a instrução, decida a causa a favor do fornecedor: aquilo que, numa *summaria cognitio*, se afigurava *plausível* uma apreciação mais detida revelou infundado”.

²⁴³ *A inversão*, cit., p. 85.

²⁴⁴ “Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor”, Revista de Processo n. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 306.

Carlos Roberto Barbosa Moreira²⁴⁵ reforça a conclusão de que o momento da antecipação não pode ser o do julgamento o fato de que “as recentes alterações do Código de Processo Civil anteciparam, no procedimento ordinário, o momento no qual “o juiz fixará os pontos controvertidos” (art. 311, § 2º, introduzido pela Lei 8.952/94): embora mantido o art. 451 (talvez por esquecimento), a identificação das questões acerca das quais versará a prova foi transferida da audiência de instrução e julgamento para a nova audiência de conciliação... Como a inversão do ônus probatório, prevista no Código de Defesa do Consumidor, se dará com maior freqüência naqueles casos em que a prova técnica se faz imprescindível, segue-se que o juiz, ao indicar os “pontos controvertidos”, deverá, também, se a hipótese comportar a medida, promover a inversão, da qual as partes serão intimadas na própria audiência de conciliação. Assim, já no início da fase instrutória saberão as partes não só quais são os fatos sobre os quais recairá a prova, mas também *a qual delas* toca o respectivo ônus”.

Sandra Aparecida Sá dos Santos²⁴⁶ ainda sustenta que, em se tratando de procedimento sumário, a inversão deve ser feita após a apresentação da contestação: “contestando o pedido, e havendo necessidade de provas, será redesignada audiência de instrução e julgamento para data próxima (art. 278, § 2º), caso em que, então, poderá ocorrer a inversão que será determinada pelo magistrado, em observância ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa”.

²⁴⁵ Notas, cit., p. 307.

²⁴⁶ *A inversão*, cit., p. 72.

Para nós, a inversão não deve ocorrer no momento da sentença, sob pena de se violar o devido processo legal, por ofensa ao contraditório.

Por isso, a inversão deve se dar antes da sentença, com advertência às partes dessa possibilidade, garantindo-se o respeito ao princípio do contraditório.

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que o momento adequado para a inversão do ônus realmente não é a sentença.

No julgamento do recurso especial n. 881.651/BA²⁴⁷, ocorrido no dia 10/04/2007, em que foi relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, assim se pronunciou a Corte Superior:

“PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO OPORTUNO - INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA - PRETENDIDA REFORMA – ACOLHIMENTO - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

- A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do

²⁴⁷ Publicação ocorrida no DJ do dia 21.05.2007, p. 592.

término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.

- O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes.

- Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido”.

Ao julgar o recurso especial n. 122.505/SP²⁴⁸, o Ministro relator Carlos Alberto Menezes Direito fez constar do acórdão a importante advertência de que a inversão não é automática: “A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências’ (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstância concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da ‘facilitação da defesa’ dos direitos do consumidor”.

²⁴⁸ Julgamento ocorrido no dia 04/06/1998 e publicado no DJ do dia 24.08.1998, p. 71. Julgamento ocorrido no dia 04/06/1998 e publicado no DJ do dia 24.08.1998, p. 71.

3.3.5.3. O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos

O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos pretende disciplinar a questão da inversão do ônus da prova, o que demonstra ser uma importante técnica para relativizar a questão da estabilidade, em benefício de uma decisão judicial mais justa.

Nos termos do art. 10, § 1º, do Anteprojeto, *o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.*

O Anteprojeto já deixa clara a intenção de acabar com a regra estática da inversão do art. 333 do CPC, onde o código reparte o ônus. A definição do ônus pelo juiz permite maior justiça, sobretudo porque o critério é justo: quem tem maiores conhecimentos técnicos ou informações tem melhores condições de produzir a prova. Atende-se, pois, ao princípio da isonomia material.

No § 2º do mesmo art. 10 fica consignada a possibilidade genérica de inversão, em todas as ações coletivas, eliminando-se as polêmicas acima comentadas, sobretudo em relação a ações que não são consumeristas: *O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.*

Importantíssima inovação está no § 3º do artigo já citado, que torna ainda mais dinâmica a fixação do *onus probandi*: *Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 4º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada,*

a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Restará, pois, ainda mais relativizada a estabilidade da demanda coletiva, no que diz respeito à instrução da causa.

A relativização, frise-se, é de ser elogiada, pois levará a uma decisão mais justa.

3.3.5.4. O incremento dos poderes instrutórios do juiz nas ações coletivas

A relativização da estabilidade da demanda também fica muito clara quando analisamos os poderes instrutórios do juiz nas demandas coletivas.

Aliás, o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos também pretende positivar a regra no art. 10, § 4º. *O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.*

Uma forma importante de incrementar os poderes instrutórios do juiz se dá com a adoção da teoria dinâmica do ônus da prova (Carga dinâmica da prova).

O ônus subjetivo da prova, ao menos no Código de Processo Civil, é repartido de forma estática pelo art. 333, isto é, por meio de regras probatórias pré-definidas pela lei.

A teoria da carga probatória dinâmica prega que o juiz deve fixar o ônus da prova, no caso concreto, analisadas as situações das partes, o desenvolvimento do procedimento e, sobretudo, ao

verificar quem está em melhores condições de provar o fato controvertido em função de seus conhecimentos.

Eduardo Cambi²⁴⁹, sobre a teoria da carga probatória dinâmica, afirma que “o magistrado continua sendo o gestor da prova, agora, contudo, com poderes ainda maiores, porquanto, em vez de partir do modelo clássico (art. 333 do CPC) para inverter o *onus probandi* (art. 6º, inc. VIII, do CDC), tão-somente nas relações de consumo, cabe verificar, no caso concreto, sem estar atrelado aos critérios da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes”.

O autor²⁵⁰ entende que “a teoria da distribuição dinâmica da prova revoluciona o tratamento da prova, uma vez que rompe com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova”. Também “reforça o senso comum e as máximas da experiência ao reconhecer que quem deve provar é quem está em melhores condições de demonstrar o fato controvertido, evitando que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia”.

A lição de Alexandre Freiras Câmara²⁵¹ também é bastante oportuna: “A respeito do ônus da prova sempre prevaleceu uma visão estática. É o que se pode ver pela leitura do art. 333 d CPC. A distribuição do ônus da prova se dá levando-se em conta a posição ocupada pela parte e a natureza do fato alegado (se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito). Ora,

²⁴⁹ *A prova civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 341.

²⁵⁰ *A prova civil*, cit., p. 341.

²⁵¹ “Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução”, in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 31, São Paulo: Dialética, outubro de 2005, p. 13.

isto é, a rigor, um contra-senso. Se o processo é dinâmico, não faz qualquer sentido que o ônus da prova seja fixado de forma estática, com base na simplista afirmação de que 'o ônus da prova incumbe a quem alega', ou qualquer outra assertiva semelhante".

Da nossa parte, entendemos que se deve exigir do juiz uma repartição mais justa do ônus da prova. A fixação dinâmica não depende de regulamentação em lei ordinária, uma vez que é baseada no princípio constitucional da isonomia material, que se encontra consagrado, além do texto constitucional, no art. 125, I, do CPC.

O *ativismo* do juiz não pode existir só no momento de julgar. A sua efetiva participação deve ocorrer em todos os momentos do processo, sobretudo na fase de ordenação do processo, em que são fixados os pontos controvertidos e é deferida a prova a ser produzida. Um maior ativismo na audiência preliminar, repartindo o ônus de provar em função da melhor situação da parte, vai garantir uma decisão judicial mais justa.

3.3.5.5. Prova difícil (prova diabólica)

O aumento dos poderes instrutórios do magistrado, sobretudo para que a fixação do ônus da prova se torna dinâmica, tornam importante que se lembre da necessidade de se evitar a *prova diabólica*.

Sentis Melendo²⁵², depois de falar sobre a prova absurda, assim considerada aquela que foge da lógica, procede a comentários sobre a prova difícil, como, por exemplo, aquela que só pode ser provada por testemunhas. Afirma, ainda, que há

²⁵² *La prueba*, Buenos Aires: Ejea, 1979, p. 284.

situações de verdadeira proba diabólica. A expressão *prova diabólica*, portanto, é empregada pelo autor para se referir à situação em que provar um fato é tarefa de extrema dificuldade.

Alexandre Freiras Câmara²⁵³ observa que “também a jurisprudência emprega a expressão, normalmente, para fazer referência à prova de que algo não ocorreu (equiparando, assim, a *prova diabólica* e a *prova negativa*)”.

Assim, por exemplo, a menção no seguinte acórdão:

“A experiência de vida ensina que a fratura de uma vértebra, a necessidade de uso de colete gessado e de tratamento fisioterápico causa dores ao homem. Negar isto equivale a desconhecer a natureza humana. Configurado o dano moral. O laudo pericial acenou, inclusive, que as dores são freqüentes. Seria exigir *prova diabólica*, querer que o autor demonstre materialmente um dano que reside na sua alma e denota caráter subjetivo: o dano moral. Suficientes os elementos dos autos para presumir a existência do dano moral (TARS – AC 194.210.266 – 1ª C. Cível – Rel. Juiz Ari Darci Wachholz – J. 18.04.95)”.

A expressão tem sido muito utilizada nas demandas ajuizadas por ex-fumantes acometidos de doenças ligadas ao tabagismo. Discute-se, nesse caso, o eventual direito à indenização, sendo que há várias decisões de improcedência do pedido indenizatório sob o argumento de falta de prova de que o ex-fumante havia apenas consumido cigarros de uma determinada empresa. Trata-se essa prova de uma prova diabólica?

Outro emprego comum se dá na discussão do nexo causal, pois em muitas situações é impossível (prova diabólica) a prova do

²⁵³ “Doenças preexistentes”, cit., p. 12.

nexo causal e, mesmo assim, essa prova é exigida pelos tribunais para deferir pedidos indenizatórios.

Por fim, em muitas situações de inversão do ônus da prova há a afirmação de que se está diante de uma prova diabólica.

Por isso, é importante que o juiz, ao inverter o ônus da prova, não determine uma prova diabólica.

3.3.5.6. Ônus econômico da prova e a questão de sua inversão

O tema do ônus econômico da prova também é importante, sobretudo diante da discussão sobre a possibilidade de sua inversão.

Muitos tratam do tema juntamente com a questão da inversão do ônus da prova. Parece-nos, porém, que as questões são intimamente ligadas, mas não se confundem.

A regra sobre o ônus econômico da prova está no art. 19, *caput* e § 1º, do CPC: *Salvo disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requererem no processo, antecipando-lhe o pagamento desde o início até a sentença final... § 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual.*

Cada parte, portanto, deve *adiantar* o pagamento das despesas dos atos requeridos. Ao final, porém, *a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou* (conforme art. 20 do CPC).

A inversão do ônus econômico também nos parece uma importante técnica processual, de tal forma que o juiz,

fundamentadamente, pode inverter a regra geral do Código de Processo Civil.

Endossamos plenamente a lição de Eduardo Cambi²⁵⁴: “Assegurar a inversão do ônus da prova ao consumidor ser inverter, também, o ônus de adiantar as defesas processuais é o mesmo que garantir um direito apenas formal ao litigante reconhecidamente hipossuficiente na relação jurídica processual, na medida em que ainda persiste a dificuldade econômica que, aliás, é um dos pressupostos para a aplicação do art. 6º, inc. VIII, do CDC.

Logo, quando se inverte o ônus da prova, transferem-se ao fornecedor todos os riscos, custos e responsabilidades quanto à atividade probatória. O entendimento contrário, ao perpetuar a dificuldade econômica, não facilita a defesa dos direitos do consumidor em juízo, mantendo o status quo anterior”.

Parece-nos importante consignar que a inversão do ônus da prova não produz, automaticamente, a inversão do ônus econômico.

O fundamento da inversão do ônus econômico se restringe à hipossuficiência econômica, isto é, a impossibilidade de uma parte em custear a produção da prova somada à ampla possibilidade da parte contrária.

De qualquer forma, oportuna a lição de Eduardo Cambi²⁵⁵: “Inverter o ônus do pagamento da perícia, em decisão interlocutória, juntamente da inversão do onus probandi, permite a melhor distribuição dos encargos processuais entre as partes, efetivando-se o princípio da colaboração processual e possibilitando

²⁵⁴ *A prova civil*, cit., p. 427.

²⁵⁵ *A prova civil*, cit., p. 428.

uma decisão mais adequada (e, portanto, mais justa) ao caso concreto, o que contribui, sobremaneira, para a legitimação (social) das decisões judiciais”.

3.3.6. Estabilidade na fase decisória: princípio da congruência

O princípio da congruência está consagrado no art. 460 do CPC, que impede o magistrado de proferir sentença *ultra, extra* ou *citra petita*.

Por isso, o pedido e a causa de pedir fixam o alcance da decisão judicial, considerando que ela deverá ater-se ao pedido.

Segundo a tese defendida no presente trabalho, o princípio da estabilidade da demanda tem diferentes desdobramentos, sendo ele que vão garantir e determinar a congruência da sentença expressa no art. 460 do Código de Processo Civil: *É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado*.

Sem a garantia da estabilidade o processo poderia demandar muito tempo e, ainda, não seria possível exigir-se congruência da decisão judicial.

Importante, agora, refletir sobre a incidência do princípio da congruência nas ações coletivas.

3.3.6.1. Aspectos do princípio da congruência nas ações coletivas

Nas ações coletivas também deve incidir a regra da congruência da sentença, por força de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Como ensina José Roberto dos Santos Bedaque²⁵⁶, “também em face de regras infraconstitucionais, provocada a atividade jurisdicional, o provimento deve ater-se aos limites da demanda, segundo determinam outras normas processuais e que correspondem ao chamado princípio da correlação, da congruência ou da adstrição (CPC, arts. 128, 459 e 460).

À luz desses dispositivos, portanto, está o juiz objetivamente limitado aos elementos da demanda deduzidos pelo autor na inicial. O pedido formulado e os motivos deduzidos pelo autor representam o âmbito de atuação do julgador. Não pode ele conceder mais ou coisa diversa da pretendida, nem apresentar razões diferentes daquelas apresentadas. Se o fizer, dar-se-á o fenômeno do julgamento *ultra* ou *extra petita*, o que pode implicar nulidade da sentença”.

A citado autor²⁵⁷ ainda demonstra o intenso nexo entre os princípios da correlação e do contraditório: “Embora imposta pela lei ordinária, não pela Constituição, a adstrição encontra fundamento nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O motivo pelo qual o legislador processual não permite ao juiz decidir fora dos limites objetivos fixados na inicial, ou legitimamente ampliados, é exatamente preservar a integridade desses princípios.

²⁵⁶ “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, in *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*, Coord. de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

²⁵⁷ Os elementos, cit., p. 34.

Se o ponto de fato, não suscitado pelo autor, mas percebido de ofício pelo juiz, não se tornou questão, impossível levá-lo em conta na sentença, pois a seu respeito o contraditório não se efetivou”.

A incongruência dos julgamentos é tema constante da jurisprudência, que vem enfatizando que a incongruência pode decorrer da menção a fatos não trazidos pela inicial, bem como pelo fato do julgador proferir sentença de natureza diversa daquela pleiteada inicialmente.

No julgamento do recurso especial n. 746.622/PB²⁵⁸, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a importância do princípio da congruência:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ARTS. 128 E 460, DO CPC. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DA ADSTRIÇÃO E DA CONGRUÊNCIA (OU DA CORRELAÇÃO). INOBSERVÂNCIA. SENTENÇA EM DESACORDO COM O PEDIDO. TRANSMUTAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR PELOS ÓRGÃOS JUDICANTES. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*.

- Há violação aos arts. 128 e 460, do CPC se a causa é julgada (tanto na sentença como no acórdão recorrido) com fundamento em fatos não suscitados pelo autor ou, ainda, se o conteúdo do provimento dado na sentença é de natureza diversa do pedido formulado na inicial.

Recurso especial conhecido e provido”.

²⁵⁸ Julgamento ocorrido no dia 26/09/2006 e publicado no DJ do dia 23.10.2006, p. 309.

Todavia, mais uma vez invocamos a lição José Roberto dos Santos Bedaque²⁵⁹ para concluir que a regra não é absoluta: “A correlação, é preciso deixar claro, não pode ser considerada dogma inafastável. O próprio legislador admite, em casos específicos, sejam ultrapassados os limites objetivos da demanda. O art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, permite a imposição de multa diária ao réu, independentemente de pedido. A sanção pode também ser aplicada em sede executiva, ainda que omissa a sentença. Possível, também, a alteração da multa anteriormente fixada (CPC, art. 644 e parágrafo único)”.

José Roberto dos Santos Bedaque²⁶⁰ ainda lembra que a “hipótese mais evidente de julgamento *ultra petita*, expressamente admitido pelo sistema, é, sem dúvida, a tutela condenatória *ex officio*, versando pensão alimentícia, em demanda com pedido exclusivamente declaratório de reconhecimento de paternidade (Lei 8.560, de 29.12.1992, art. 7º)”.

E o Superior Tribunal de Justiça, como se vê do julgamento do recurso especial n. 257.885/RS²⁶¹, em que foi relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, tem entendido ser legítima essa condenação:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Alimentos. Cumulação de ações. A sentença de procedência da ação de investigação de paternidade pode condenar o réu em alimentos provisionais ou definitivos,

²⁵⁹ Os elementos, cit., p. 36.

²⁶⁰ Os elementos, cit., p. 36.

²⁶¹ Julgamento ocorrido em 21/09/2000 e publicado no DJ do dia 06.11.2000, p. 208.

independentemente de pedido expresso na inicial. Art. 7º da Lei 8.560, de 29.12.92.

Recurso não conhecido”.

As situações de incongruência, todavia, são excepcionais. Teresa Arruda Alvim Wambier²⁶², então, afirma que “a petição inicial pode ser vista como um projeto de sentença.

A petição inicial pode ser analisada sob o ponto de vista formal e substancial. Enquanto parte dos elementos da petição inicial relaciona-se a aspectos formais ou processuais, a petição inicial em sentido substancial (ou libelo) diz respeito à definição daquilo que deverá ser apreciado pelo juiz, isto é, aos elementos que identificam a lide ou o objeto litigioso”.

Todavia, há várias situações em que o juiz não está adstrito ao pedido, ou seja, ocorre a sua *desvinculação*.

Por exemplo, o art. 290 do CPC se refere às *prestações periódicas*: *Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.*

Portanto, a sentença, nessa hipótese, ainda que não haja pedido expresso do autor, pode abranger as prestações vencidas e as que venham a vencer no decorrer da ação (vencendas).

O art. 293 do CPC, por sua vez, autoriza o juiz a determinar na sentença, ainda que não haja pedido expresso, o pagamento dos juros legais.

²⁶² *Omissão judicial e embargos de declaração*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 126

Também pode o magistrado, independentemente de pedido expresso, a determinar a aplicação dos índices de atualização monetária que, assim, também se considera incluída no pedido.

Conforme se decidiu no recurso especial n. 798.937/SE²⁶³, do qual foi relatora a Ministra Eliana Calmon, “não configura violação aos arts. 128 e 460 do CPC a concessão da correção monetária plena com a inclusão dos expurgos inflacionários, ainda que não haja pedido expresso na petição inicial”.

No art. 461, § 5º, do CPC, há expressa autorização para que o juiz, sendo impossível a imposição do cumprimento específico da obrigação de fazer ou de não fazer, determine o cumprimento de obrigação que leve a um resultado prático equivalente.

O juiz, no curso da relação processual, também pode determinar, de ofício, isto é, sem requerimento das partes, medidas cautelares. Não que o juiz possa dar causa à ação cautelar. Pode ele determinar providências, medidas acauteladoras.

Todavia, deve ficar bem claro que a desvinculação do juiz, em relação ao pedido, é excepcional.

Na tutela dos direitos do adolescente também é bastante discutida a regra da congruência.

Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal reputa como *ultra petita* o acórdão que, ao julgar questão que envolve a aplicação de medidas sócio-educativas a adolescente, diante do requerimento do Ministério Público para a imposição de internação-sanção pelo prazo de três meses (§ 1º do art. 122 do ECA), determinou a regressão do adolescente ao regime de internação que pode durar até três anos (§ 3º do art. 121).

²⁶³ STJ, 2ª Turma. Julgamento: 20/04/2006. Publicação: DJ do dia 25.05.2006, p. 216.

Confira-se o acórdão proferido no julgamento do *Habeas Corpus* n. 74.715/SP²⁶⁴, em que foi relator o Ministro Maurício Corrêa:

"*HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90). REGIME DE SEMILIBERDADE: DESCUMPRIMENTO: FUGA DO ADOLESCENTE: AUSÊNCIA DO REQUISITO DA REITERAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO. DECISÃO *ULTRA PETITA*.

1. Na hipótese do art. 122, inciso III, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), faltando reiteração injustificada no descumprimento da medida sócio-educativa de inserção em regime de semiliberdade (art. 112, V), a internação não pode ser aplicada.

2. As medidas específicas de proteção, referidas nos artigos 99 e 100 do ECA, são as alinhadas nos incisos I a VIII do art. 101 do mesmo Estatuto, as quais poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente (mais de uma dentre as oito), bem como substituídas (uma por outra ou mais de uma por outras, mas sempre dentre as oito).

3. É certo que o art. 101 admite outras medidas além das oito específicas, mas da mesma natureza e mesmos objetivos, isto é, pedagógicas e que "visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários",

²⁶⁴ Julgamento ocorrido no dia 18/03/1997 e publicado no DJ do dia 16-05-1997, p. 19.951.

o que torna incabível a determinação de internação, por constituir medida sócio-educativa privativa da liberdade e não medida específica de proteção.

4. Considera-se decisão *ultra petita* o acórdão que diante do requerimento do representante do Ministério Público, objetivando a internação-sanção pelo prazo de três meses (§ 1º do art. 122), entendeu de afastar a aplicação do art. 122, III, e determinar, como incidente da execução, a regressão do adolescente ao regime de internação que pode durar até três anos (§ 3º do art. 121). 5. Habeas corpus deferido”.

A regra da correlação da sentença não é absoluta e, além disso, nem sempre acarreta nulidade absoluta do julgado.

José Roberto dos Santos Bedaque²⁶⁵ bem observa que “a sentença *ultra* ou *extra petita* viola, sem dúvida, a inércia da jurisdição, pois naquilo que não consta da demanda o juiz estará agindo de ofício. Ainda assim, trata-se de nulidade sanável se, analisada à luz do princípio do contraditório, nenhum prejuízo for detectado”.

A jurisprudência, de fato, não tem proclamado nulidade se não há prejuízo. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os embargos de declaração no Mandado de Segurança n. 9.315-DF²⁶⁶, em acórdão do qual foi relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, assim se posicionou:

²⁶⁵ Os elementos, cit., p. 37.

²⁶⁶ Julgamento ocorrido no dia 13/12/2004 e publicado no DJ do dia 27.04.2005, p. 160.

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO DISCIPLINAR. CAUSA DE PEDIR. DELIMITAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NA AÇÃO. DECISÃO EXTRA PETITA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - Consoante entendimento desta Corte, em sede de processo administrativo disciplinar, a descrição pormenorizada dos fatos se mostra necessária quando do indiciamento do servidor. Somente após a fase instrutória - onde são apurados os fatos, com a colheita das provas pertinentes - há a possibilidade de se indicar os acontecimentos com precisão, não se podendo exigir que a Portaria inaugural do processo administrativo contenha descrição minuciosa da imputação ao servidor.

II - Aplicável o princípio do *pas de nullité sans grief*, tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

III - Evidenciado o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidades do processo administrativo disciplinar, principalmente quando o *writ* é impetrado como forma derradeira de insatisfação com

o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar”.

O Superior Tribunal de Justiça, com acerto, já entendeu legítima a condenação do responsável por atos de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, às penas cominadas por lei. Afirmou, expressamente, ao julgar o recurso especial n. 324.282/MT²⁶⁷, em que foi relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, que “não há julgamento *ultra* ou *extra petita*, se o juiz, acrescenta à condenação do responsável pelo ato de improbidade as penas cominadas pelo Art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92”.

Para a Corte Superior, “não há que falar em julgamento fora ou além do pedido em face da relevância da questão social e do interesse público”.

A questão da congruência, é importante observar, deve ser bem avaliada à luz das questões fáticas debatidas nos autos. Não há incongruência da decisão por força da aplicação de norma jurídica diversa daquela discutida pelas partes.

Mais uma vez oportuna a lição de José Roberto dos Santos Bedaque²⁶⁸: “As regras da adstrição ou da correlação da sentença ao pedido estão relacionadas fundamentalmente com a matéria fática. Isso porque a correta aplicação das normas jurídicas é função do juiz, que sequer está vinculado ao direito invocado pelas partes.

A liberdade conferida ao julgador, quanto à identificação da norma jurídica aplicável, também deve compatibilizar-se, todavia,

²⁶⁷ Julgamento ocorrido no dia 05/02/2002 e publicado no DJ do dia 01.04.2002, p. 172.

²⁶⁸ Os elementos, cit., p. 37-38.

com o princípio do contraditório. Não podem as partes ser surpreendidas com a incidência de regra não cogitada, especialmente se as conseqüências forem diversas daquelas submetidas à discussão”.

Daí o acerto do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial n. 842.428/ES²⁶⁹, em que relatora a Ministra Eliana Calmon, ao concluir que “não infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal”.

Se a congruência está relacionada aos fatos trazidos aos autos, é evidente que está adstrita à causa de pedir.

O juiz não está adstrito somente ao pedido. Também está vinculado à causa de pedir.

Deve-se recordar que o autor, na petição inicial, deve indicar os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III, do CPC). Trata-se da causa de pedir, tanto a próxima quanto a remota.

A exigência da indicação da causa de pedir próxima e remota evidencia que o Código de Processo Civil adotou a teoria da substanciação ou, então, como preferem outros que adotou ambas as teorias, a da individuação e a da substanciação. Ocorre que, pela teoria da individuação seria suficiente a exposição dos fundamentos jurídicos. Todavia, o CPC exige do autor a substanciação da ação, isto é, a exposição dos fatos que resultaram nas conseqüências jurídicas afirmadas e pretendidas pelo autor.

²⁶⁹ Julgamento ocorrido no dia 24/04/2007 e publicado no DJ do dia 21.05.2007, p. 560.

Contudo, como ensina Teresa Arruda Alvim Wambier²⁷⁰, “alterar o fundamento jurídico, a qualificação jurídica que o autor deu aos fatos que embasaram a demanda, não significa propriamente alteração da causa de pedir, vedada em nosso sistema, que acolhe a regra da *perpetuatio libelli*, que tem por objetivo gerar segurança (previsibilidade) para as partes, e levar a efeito o princípio da ampla defesa. A alteração da qualificação jurídica não significa descrever fato ou fatos diferentemente do que o autor o tenha feito, mas significa enquadrar no sistema jurídico diversamente do que o autor haja feito, para, m face desse “novo” enquadramento, apreciar o pedido e respectiva causa de pedir”.

Assim, deve ficar bem claro: o juiz está adstrito aos fatos trazidos pelas partes ao processo. Não pode julgar a causa em função de fato não trazido pelas partes.

Esse é o sentido da vinculação do juiz à causa de pedir. Não há vinculação à fundamentação legal da demanda.

Assim constou do julgamento do recurso especial n. 746.622/PB²⁷¹, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ARTS. 128 E 460, DO CPC. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DA ADSTRIÇÃO E DA CONGRUÊNCIA (OU DA CORRELAÇÃO). INOBSERVÂNCIA. SENTENÇA EM DESACORDO COM O PEDIDO. TRANSMUTAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR PELOS ÓRGÃOS JUDICANTES. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*.

²⁷⁰ *Omissão*, cit., p. 133.

²⁷¹ Julgamento ocorrido em 26/09/2006 e publicado no DJ do dia 23.10.2006, p. 309.

- Há violação aos arts. 128 e 460, do CPC se a causa é julgada (tanto na sentença como no acórdão recorrido) com fundamento em fatos não suscitados pelo autor ou, ainda, se o conteúdo do provimento dado na sentença é de natureza diversa do pedido formulado na inicial.

Recurso especial conhecido e provido”.

No corpo do acórdão também foram feitas referências, que devem ser lembradas, acerca das exceções à regra da congruência: “Respectivamente, os arts. 128 e 460, do CPC, consagram os princípios processuais da adstrição e da congruência (ou da correlação), que só podem ser afastados pela própria lei. Assim é que esta lei prevê, por exemplo, como exceções ao princípio da adstrição, as prestações periódicas (art. 290 do CPC), os juros legais (art. 293 do CPC), as despesas processuais e os honorários advocatícios (art. 20, caput, do CPC), a multa pelo descumprimento das obrigações de fazer ou de não fazer (artigos 461, § 4º, do CPC; 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor). Em todos esses casos, é a própria lei que excepciona a aplicação do princípio”.

Encontra-se no acórdão, ainda, a advertência expressa no sentido de que a causa de pedir é fator importante para a análise da ocorrência ou não da incongruência: “Cumpre destacar que a decisão judicial não está limitada apenas pelo pedido formulado pela parte, mas também pela causa de pedir deduzida, sendo esta elemento delimitador da atividade jurisdicional na ação.

Neste diapasão, se o magistrado se limita ao pedido formulado, considerando, entretanto, outra causa de pedir que não

aquela suscitada pela parte, estará incorrendo em decisão *extra petita*, restando configurada a nulidade da sentença, ante a ofensa ao princípio da congruência”.

Outro trecho que merece ser destacado é o referente à importância da regra da congruência: “O princípio da congruência, ou da correspondência, entre a causa de pedir e a sentença (ou acórdão) representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional. Ninguém pode ser punido por fato que não lhe foi imputado. Na medida em que descreve um ato ilícito, atribuindo-o a alguém, a petição inicial fixa os limites da atuação do juiz, que não poderá decidir além ou fora da descrição fática do ato ilícito. A decisão judicial espelha, portanto, a imputação, refletindo-a nos seus exatos contornos. Qualquer distorção de imagem significa uma ofensa ao princípio da congruência e acarreta a nulidade do processo (nesse sentido, RT 526/396)”.

No julgamento dos embargos de declaração no mandado de segurança n. 9.315/DF²⁷², em que foi relator o Ministro Gilson Dipp, mais uma vez restou afirmada a congruência em função da causa de pedir. Além disso, o referido acórdão bem demonstra a incidência da regra em ação de mandado de segurança:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC.
AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. SERVIDOR PÚBLICO.
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CAUSA DE
PEDIR. DELIMITAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

²⁷² Julgamento ocorrido em 24/08/2005 e publicado no DJ do dia 12.09.2005, p. 205.

NA AÇÃO. DECISÃO *EXTRA PETITA*. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos.

II - Nos termos do art. 128 do Código de Processo Civil, *O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo despeito a lei exige iniciativa da parte.*

III - A decisão judicial não está limitada apenas pelo pedido formulado pela parte, mas também pela causa de pedir deduzida, sendo esta elemento delimitador da atividade jurisdicional na ação. Neste sentido, se o magistrado se limita ao pedido formulado, considerando, entretanto, outra causa de pedir que não aquela suscitada pela parte, estará incorrendo em decisão *extra petita*, restando configurada a nulidade da sentença, ante a ofensa ao princípio da congruência. Precedentes”.

A regra da congruência, todavia, não impede que o juiz dê aos fatos trazidos pelas partes definição jurídica diversa daquela vislumbrada pelos litigantes.

É pacífica na doutrina a idéia de que os fundamentos jurídicos do pedido não podem ser confundidos com a fundamentação legal. Não há qualquer necessidade de o autor mencionar artigos de lei

na petição inicial.

Impõe-se, na verdade, a exposição dos fatos e a menção das conseqüências jurídicas que advêm desses fatos.

Aplicam-se aqui os conhecidos brocardos: *da mihi factum, dabo tibi jus* (dê ao juiz os fatos que ele lhe dará o direito) e *iuria novit curia* (o juiz conhece o direito). Dos fatos, aliás, surgem as conseqüências jurídicas que podem ser pleiteadas coativamente junto ao Poder Judiciário.

Teresa Arruda Alvim Wambier²⁷³, de forma singular, aponta as conseqüências da adoção da teoria da substanciação: “A adoção da teoria da substanciação revela, de um modo geral, que: a) vigoram no sistema as parêntias *iuria novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*, de modo que a indicação imprecisa dos fundamentos legais não impede que o juiz aprecie a pretensão de acordo com a norma jurídica correta, ou ainda, dê ao fato narrado pelo autor o enquadramento legal adequado; b) não tem relevância o *nomen iuris* da ação, desde que pela causa de pedir e pedido se possa definir com precisão a pretensão do autor e de que espécie de ação se trata; c) não se veda que, durante o trâmite processual, acrescentem-se novos fundamentos legais à argumentação contida na petição inicial, pois tal atividade, por si só, não tem o condão de alterar a causa de pedir”.

Oportuna, também, a transcrição do exemplo trazido pela citada processualista²⁷⁴: “Examinemos o seguinte caso: ação possessória proposta indevidamente como ação de despejo. O erro quanto ao *nomen iuris* não ocasiona carência de ação se os fatos e fundamentos jurídicos do pedido tornam inequívoca a pretensão do

²⁷³ Omissão, cit., p. 145.

²⁷⁴ Omissão, cit., p. 147.

autor. A situação foi descrita como locação, mas, na verdade, se tratava de relação de comodato. O que se queria, na verdade, era a restituição do imóvel, e, para isso, se intentou ação de despejo, que foi julgada procedente como ação reintegratória.

Houve, inequivocadamente, alteração do pedido. Importa, todavia, notar, que a providência concreta que se pleiteou foi concedida, sob outro título. Não houve, pois, alteração da providência concreta, material. Houve, isto sim, modificação do título jurídico sob o qual se a concedeu”.

Francisco Ganuzas²⁷⁵, em monografia sobre a presunção de que o juiz conhece o direito (*iuria novit curia*), observa com lucidez: sob o aforismo *iuria novit curia* se escondem dois usos do conhecimento judicial do Direito: como presunção e como princípio jurídico.

No âmbito do processo a distribuição de tarefas entre as partes e o órgão jurisdicional se sustenta, em boa medida, na *presunção* de que este último conhece o Direito aplicável ao litígio, circunstâncias que exime as primeiras de alegar e provar os materiais jurídicos e que justifica, ademais, que o Juiz não se encontra vinculado às considerações de Direito que eventualmente aquelas efetuem.

Não obstante sua formulação descritiva (o Juiz ‘conhece’ o Direito), junto a essa função puramente processual, o aforismo atua também como um princípio normativo, como um dever imposto aos Juízes de resolver os litígios utilizando o Direito, quer dizer, de sujeitar-se a este, o que implica conhecê-lo (o Juiz ‘deve conhecer’ o Direito).

²⁷⁵ *Iuria novit cúria y aplicación judicial del derecho*, Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 18.

Ainda segundo o autor²⁷⁶, o aforismo está sustentado em uma ficção, mas desempenha uma importante função ideológica. Nem os órgãos legislativos gozam dos atributos que se supõem do legislador racional, nem os Juízes conhecem o Direito, mas a presunção daquelas propriedades e deste conhecimento cumpre uma importante função na aplicação do Direito: permite, no primeiro caso, colocar em prática uma série de diretivas interpretativas tendentes a manter a imagem do legislador racional; e, no caso do *iuria novit curia*, sustentar a ficção de um Juiz profissional e sem poder criativo que se limita a aplicar as soluções normativas que lhe propiciam os órgãos legislativos.

Em conclusão, podemos dizer que a regra da congruência é fator de legitimidade das decisões judiciais. Decorre do princípio da estabilidade da demanda, pois se as partes não podem trazer fatos novos aos autos, também não pode o magistrado proferir sentença que considere fato não discutido pelas partes.

Assim, o princípio da estabilidade da demanda impõe, para as partes, limites temporais para a dedução dos fatos que vão ser submetidos à decisão judicial. Para o juiz, o princípio determina a necessária congruência de seu ato decisório.

3.3.6.2. A questão particular da anulação de cláusulas contratuais e ofício no caso de relação de consumo

O Código de Defesa do Consumidor constitui um microssistema jurídico, sobretudo por apresentar normas e princípios próprios.

²⁷⁶ *Iuria novit curia*, cit., p. 19.

Questão extremamente importante, que não deixa de ser polêmica, é a suscitada por Nelson Nery Junior²⁷⁷: “É preciso aliar-se ao fato de o CDC ser lei especial que regula as relações de consumo, a circunstância de que o Código é um microssistema que contém regramentos e princípios gerais sobre relações de consumo, que não podem ser modificadas por leis posteriores setorializadas, isto é, por leis que tratem de algum tema específico de relações de consumo. Assim, sobrevindo lei que regule, v.g., transportes aéreos, deve obedecer aos princípios gerais estabelecidos no CDC. Não pode, por exemplo, essa lei específica, setorializada, posterior, estabelecer responsabilidade subjetiva para acidentes aéreos de consumo, contrariando o sistema principiológico do CDC, que prevê o regime da responsabilidade objetiva para os acidentes de consumo (CDC, arts. 6º, VI, e 12)”.

Portanto, é inegável que o Código de Defesa do Consumidor é repositório de normas e princípios próprios, dando à *relação de consumo* tratamento jurídico diverso das relações jurídicas privadas.

Um dos pontos mais importantes disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor se refere à relação contratual, podendo ser citadas algumas peculiaridades: a relativização do princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato (*pacta sunt servanda*); a adoção expressa do princípio da boa-fé objetiva; o contrato obrigatório (art. 30); a disciplina da execução específica (art. 84); a regulação do contrato de adesão; a proteção do consumidor contra cláusulas abusivas.

²⁷⁷ *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 345.

Para o presente estudo, é importante destacar o estabelecimento de um regime jurídico de nulidade próprio para as relações de consumo.

A proteção contra cláusulas abusivas é um direito básico do consumidor, conforme estabelece o art. 6º, IV. O estatuto consumerista, então, enumera, de forma exemplificativa, no art. 51, uma série de cláusulas abusivas.

Vale destacar que toda cláusula abusiva é nula de pleno direito, uma vez que fere norma de ordem pública relativa à proteção do consumidor.

Ademais, a defesa do consumidor, antes de tudo, é imperativo constitucional.

No direito privado costuma-se distinguir a nulidade de pleno direito da nulidade absoluta.

Todavia, conforme adverte Nelson Nery Junior²⁷⁸, “o CDC adotou um sistema próprio de enumeração e de proteção contra as cláusulas abusivas. Conferiu-lhes o regime da *nulidade de pleno direito*, não estabelecendo graus de invalidade entre elas, tampouco as tratando como causas de ineficácia da relação jurídica de consumo. Como consequência, restou superado o entendimento de que as nulidades de pleno direito independem de declaração judicial para se fazerem atuar no ato ou negócio jurídico, em contraposição às nulidades absolutas, que precisam de pronunciamento judicial para produzirem seus efeitos de invalidação do ato ou negócio jurídico”.

Portanto, o CDC tem um sistema de nulidades próprio, mais uma vez evidenciando o seu caráter microssistêmico.

²⁷⁸ Código brasileiro, cit., p. 366-367.

Assim, conforme Nelson Nery Junior²⁷⁹, “no regime jurídico do CDC as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor. Isso quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*, porque normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão”.

Enfim, no regime do CDC todas as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, de tal forma que o magistrado, além de ter o poder de revisão do contrato, pode reconhecer as nulidades de pleno direito de ofício.

Sendo assim, trata-se de mais uma importante e legítima relativização ao princípio da congruência.

A questão, todavia, não é pacífica nos tribunais, mas adotamos o entendimento do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, enunciado no julgamento do recurso especial n. 726.517²⁸⁰:

“POSSIBILIDADE DA REVISÃO DO CONTRATO. O alcance da justiça social, sob o pálio da igualdade de direitos e deveres, tem sua dimensão e peso na institucionalização da defesa do consumidor, como princípio insculpido na ordem econômica da Carta Política de 1988 (art. 170, V). Desse modo, incumbe ao Poder Judiciário impedir o desequilíbrio na relação de consumo.

²⁷⁹ *Código brasileiro*, cit., p. 367.

²⁸⁰ Julgamento publicado no DJ do dia 31.03.2005.

APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. A proteção de determinados interesses sociais passa a ser exigência do ordenamento jurídico baseado na relação de consumo, de molde a valorizar a boa-fé contratual e a legítima confiança do consumidor ou, mesmo, a afastar a lesividade como fator do desequilíbrio negocial.

NULIDADES. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. As nulidades de pleno direito podem ser reconhecidas de ofício, em face de que a relação é de consumo e as normas são de ordem pública e de interesse social (art. 1º da Lei nº 8.078/90)“.

No mesmo sentido pronunciou-se a Sexta Turma do STJ, no julgamento do recurso especial n. 310.093/CE²⁸¹, em que foi relator o Ministro Vicente Leal:

“PROCESSUAL CIVIL E LOCAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INCORRÊNCIA. MULTA MORATÓRIA. REDUÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE.

- Não ocorre julgamento *extra petita* na hipótese em que a instância *a quo*, mantendo a sentença que reduzira o percentual de multa moratória, a despeito da declaração de revelia dos demandados, sufraga o entendimento de que as disposições contidas no Código

²⁸¹ Julgamento ocorrido no dia 04/10/2001 e publicado no DJ do dia 22.10.2001, p. 360.

de Defesa do Consumidor quanto à nulidade das cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada possuem incidência independentemente de requerimento das partes, por ser matéria de ordem pública”.

A possibilidade de o magistrado pronunciar-se de ofício sobre nulidade de cláusula contratual, no caso de relação de consumo, revela uma interessante, legítima e importante relativização ao princípio da congruência, com a qual concordamos plenamente.

3.3.6.3. A declaração, de ofício, de nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de consumo. Pronúncia de ofício de incompetência relativa?

O art. 112 do Código de Processo Civil dispõe que a incompetência relativa não pode ser pronunciada de ofício, pois deve ser argüida por meio de exceção.

A *incompetência relativa*, portanto, assume o caráter de exceção processual, sendo certo que deve ser alegada pelo réu e, ainda, na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos.

A falta de alegação determina a preclusão, com a conseqüente prorrogação da competência do juízo relativamente incompetente.

A jurisprudência também já se consolidou no sentido de que a incompetência relativa não pode ser pronunciada de ofício pelo juiz. A matéria encontra-se sumulada (Súmula n. 33 do STJ).

Recentemente, a Lei n. 11.280/2006 acrescentou um parágrafo único ao art. 112 do CPC, nos seguintes termos: *A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.*

O acréscimo não trouxe novidade no mundo jurídico, mesmo porque a jurisprudência já se pronunciava no sentido da nulidade de pleno direito da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão.

Por isso, julgamos correto o entendimento de Cassio Scarpinela Bueno²⁸²: “O fato, no entanto, é que a hipótese nunca foi, propriamente, a de declarar de ofício a incompetência relativa. Mas, bem diferentemente, de pronunciar de ofício a nulidade de uma cláusula abusiva em contrato de adesão, providência expressamente autorizada nos arts. 6º, VII e VIII, 51, IV e XV, e 54, § 4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990 (...).

O atuar oficioso do magistrado, destarte, repousava no plano do direito *material* (que se via diante de uma cláusula abusiva de contrato), embora a declaração de nulidade fizesse surtir efeitos *processuais* imediatamente”.

De observar que o Superior Tribunal de Justiça, no dia 27/05/1998, ou seja, muito antes da mudança operada no Código de Processo Civil, ao julgar o conflito de competência n. 21.540/MS²⁸³, em acórdão do qual foi relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, enunciou que “o juiz do foro escolhido em contrato de adesão pode declarar de ofício a nulidade da cláusula e

²⁸² *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 84.

²⁸³ Publicação: DJ do dia 24.08.1998, p. 6.

declinar da sua competência para o juízo do foro do domicílio do réu”.

Do acórdão ainda constou o seguinte: “Prevalência da norma de ordem pública que define o consumidor como hipossuficiente e garante sua defesa em juízo”.

No mesmo sentido: STJ. Conflito de competência n. 19301/MG.

A essência do entendimento que permite a declaração, de ofício, da nulidade da cláusula constante do contrato, está no fato de que pode haver ofensa ao princípio da isonomia material, que exige tratamento privilegiado ao consumidor hipossuficiente.

Lúcida, pois, a conclusão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o conflito de competência n. 22.252/MG²⁸⁴, em que foi relator o Ministro Barros Monteiro:

“COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA E DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO FORO DO DOMICÍLIO DO RÉU.

É possível ao Juiz, considerando abusiva a cláusula de eleição de foro quando resultar manifesta dificuldade para a defesa do réu, notadamente nas avenças regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, reconhecer não só a nulidade da referida cláusula eletiva de foro, como também, de ofício, declinar de sua competência”.

²⁸⁴ Julgamento ocorrido no dia 12/08/1998 e publicado no DJ do dia 05.10.1998, p. 10.

Entende-se, também, que se trata, no caso de competência absoluta e não relativa.

Nesse sentido a manifestação da Segunda Seção do STJ no julgamento do conflito de competência n. 18.530/MG²⁸⁵, em que foi relator o Ministro Cesar Asfor Rocha

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. FORO DE ELEIÇÃO PREVISTO EM CONTRATO DE ADESÃO. NULIDADE DE CLÁUSULA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA TERRITORIAL ABSOLUTA. POSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE, DE DECLINAÇÃO DE OFÍCIO.

Sem prejuízo do entendimento contido no verbete nº 33 da Súmula desta Corte, reconhece-se, na hipótese e na linha do decidido no CC nº 17.735-CE, a competência do juízo suscitante porquanto, em sendo a nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato regido pelo Código de Defesa do Consumidor questão de ordem pública, absoluta é a competência decorrente”.

Por entender que a questão referente à nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de consumo só diz respeito, de forma reflexa, à questão da competência, entendemos adequado discutir a questão no item referente ao princípio da congruência e não no item referente à competência.

²⁸⁵ Julgamento ocorrido no dia 11/11/1998 e publicado no DJ do dia 15.03.1999, p. 80.

3.3.6.4. A natural instabilidade das sentenças determinativas

Carnelutti, no seu famoso *Sistema*, analisa o processo jurisdicional e mostra a possibilidade de que ele assuma o caráter declarativo ou dispositivo, conforme a solução dada pelo juiz seja ou não objeto de regulação jurídica expressa. No dizer do grande processualista²⁸⁶, existem casos em que o conflito de interesses já está composto por uma norma material e casos em que o conflito não está previsto por uma norma material. Na falta de previsão legal, como se sabe, o juiz pode julgar por equidade. Também pode assim julgar quando houver expressa previsão legal (CPC, art. 127), como ocorre na jurisdição voluntária (CPC, art. Art. 1.109, segunda parte: *O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna*).

Carnelutti²⁸⁷, em seguida, observa que a regra é a primeira situação, sendo a segunda (julgamento por equidade) exceção. Por isso, afirma que conforme uma ou outra situação, o processo servirá a dois fins distintos: o *acertamento de um estado jurídico já existente* ou então a *constituição de um estado jurídico que todavia não existe*. Conforme esse critério, o processo se diferencia em declaratório e dispositivo.

Ainda segundo o autor, quando existe uma norma material para a composição de um conflito, o juiz se limita a *acertá-la*, ou seja, a fazer sua *aplicação obrigatória* ou *vinculativa*.

Quando, por não existir uma norma material, uma norma instrumental permita ao juiz o poder de compor um conflito de

²⁸⁶ *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Uteha, 1944, v. 1, p. 157.

²⁸⁷ *Sistema*, cit., p. 157.

interesses, a finalidade a que serve o processo é muito diferente: então não se acerta um estado jurídico preexistente e, portanto, o juiz não *declara*, mas cria o Direito.

Ainda conforme Carnelutti²⁸⁸, ao processo dispositivo se pode dar o nome de processo ou juízo de equidade. Chama-se, com efeito, equidade à justiça quando reveste a forma de uma mandado concreto e se adapta, desse modo, ao caso singular (*justiça do caso singular*).

Para alguns, como observa Tomás Pará Filho²⁸⁹, “as sentenças dispositivas ou determinativas, ou de equidade, seriam atos materialmente legislativos, apenas formalmente jurisdicionais”. Ou seja, estaríamos diante das sentenças normativas, como as que são freqüentes na Justiça do Trabalho.

Tomás Pará Filho²⁹⁰, sobre as sentenças dispositivas, determinativas ou de equidade observa, com propriedade, que “o que caracteriza as sentenças assim nomeadas é o fato de serem, em seu conteúdo, decisões calcadas no princípio da equidade. Nelas, observa Lancellotti, diversa é a estrutura do silogismo correspondente à vontade decisória do juiz: a premissa maior não condiz com preceito de lei, ou nela não se dá, prevalentemente, a invocação de norma legal, mas, sim, a do princípio de equidade, ou a de considerações de oportunidade, calcadas em imperativos de justiça”.

Ada Pellegrini Grinover²⁹¹ salienta o fato da sentença penal condenatória ser de natureza determinativa: “Sentença essa que, contendo implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, autoriza o juiz a

²⁸⁸ *Sistema*, cit., p. 159.

²⁸⁹ *Estudo sobre a sentença constitutiva*, São Paulo: Obelisco, 1973, p. 130.

²⁹⁰ *Estudo*, cit., p. 127.

²⁹¹ *Eficácia e autoridade da sentença penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 7.

agir por equidade, operando a modificação objetiva do julgado sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas. A sentença determinativa, que também se encontra no campo não penal, transita em julgado e assume a qualidade própria da coisa julgada; mas, em obediência à cláusula que contém, é suscetível de revisão, nos casos expressamente autorizados em lei, exatamente por obedecer ao comando emergente da sentença e à cláusula *rebus sic stantibus* nela contida. É assim que se explica, processualmente, o fenômeno das modificações da condenação penal passada em julgado, no curso do processo de execução”.

Portanto, a sentença determinativa é naturalmente *instável*. Afinal, nesse caso o juiz, além de agir por equidade, pode modificar o julgado sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas.

3.3.7. O reexame necessário e a regra da congruência

O art. 475 do CPC elenca os casos em que a sentença somente produzirá seus efeitos depois de submetida ao reexame por órgão hierarquicamente superior, isto é, casos em que o duplo grau de jurisdição, por ser necessário, figura como condição de eficácia da sentença que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal.

A doutrina tem se manifestado no sentido de que o recurso tem por fundamento o princípio inquisitório. Nesse sentido a lição de Jorge Tosta²⁹².

Em função do seu caráter inquisitório, prevalece o entendimento de que o reexame necessário, enquanto condição de eficácia de quase todas as decisões condenatórias proferidas contra

²⁹² *Do reexame necessário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 171.

o Poder Público, é estabelecido em benefício das pessoas jurídicas de direito público.

A doutrina tem afirmado, de forma pacífica, que o instituto não apresenta natureza recursal. Trata-se de condição de eficácia da sentença.

Para Nelson e Rosa Nery²⁹³, “dá-se, aqui, manifestação do princípio inquisitório, ficando o tribunal autorizado a examinar integralmente a sentença, podendo modificá-la total ou parcialmente. Na remessa necessária não há efeito devolutivo, que é manifestação do princípio dispositivo, mas sim efeito translativo pleno. Em sentido diverso o STJ 45, que não permite o agravamento da situação da Fazenda Pública na remessa necessária”.

Conforme noticiado pelos doutrinadores, o Superior Tribunal de Justiça entende diversamente. A Súmula 45 enuncia que *no reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública*.

Jorge Tosta²⁹⁴ explica a razão da Súmula: “Em relação à parte que favorece a Fazenda ocorre a preclusão se a parte adversa não recorre, porque, quanto a esse ponto da sentença, vige o princípio dispositivo”.

Jorge Tosta²⁹⁵ ainda explica que o reexame necessário, “embora translate ao Tribunal tudo o que tenha sido desfavorável à Fazenda Pública na sentença, não autoriza a modificação do pedido ou seu fundamento fático, deduzidos na inicial de ação movida pela Fazenda. Pode o Tribunal modificar a *qualificação*

²⁹³ Código, cit., 4ª ed., p. 928-929.

²⁹⁴ Do reexame, cit., p. 172.

²⁹⁵ Do reexame, cit., p. 174-175.

jurídica dada pelo juiz na sentença, o que, aliás, é decorrência do princípio *jura novit curia*. Entretanto, não pode modificar o *fundamento fático* eleito pela Fazenda para deduzir a sua pretensão inicial.

O efeito translativo do reexame necessário permite ao Tribunal julgar a causa com base em texto legal diverso do que fora deduzido na sentença. Não lhe é dado, porém, modificar o fundamento fático alegado pela Fazenda Pública e rejeitado pelo juiz como fundamento de sua pretensão”.

Portanto, a regra da congruência é aplicável ao reexame necessário.

Todavia, a exigência de celeridade, mais uma vez, vai acabar por limitar a aplicabilidade de determinados institutos às ações coletivas. Vejamos o caso da tutela das pessoas portadoras de necessidades especiais.

A Lei n. 7.853/1989 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de necessidades especiais e sua integração social, instituindo a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas.

No art. 4º, § 1º, estabelece que *a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal*.

Trata-se de norma que procura dar maior efetividade à tutela jurisdicional dos interesses dessas pessoas, dando ao reexame necessário um colorido diferente, pois aqui não são tutelados direitos monetários do poder público.

Portanto, na tutela dos interesses metaindividuais pode ocorrer uma situação diferenciada. Se o poder público for réu na ação, a sentença de procedência não deverá ser objeto de reexame, mas sim a sentença de improcedência da demanda.

Na ponderação dos interesses envolvidos, isto é, interesses pecuniários da Fazenda Pública e interesses indisponíveis das pessoas portadoras de necessidades especiais, o legislador, corretamente, optou pelo valor mais elevado.

Como discorre Sergio Shimura²⁹⁶, “apesar de o reexame necessário ainda subsistir por força do argumento de que os interesses da Fazenda Pública merecem maior cuidado, é certo que quando sopesados com interesses difusos ou coletivos, veiculados em ação civil pública, o tratamento há de ser diferenciado. Quando o bem jurídico for mais relevante e mais abrangente que o aspecto pecuniário fazendário, o rejugamento se faz obrigatório em favor do primeiro”.

Assim, o reexame necessário, nas ações coletivas, tem que ser mais rígido, adaptando-se à exigência de maior efetividade.

Assim, o reexame em ações coletivas, em que são tutelados direitos e interesses transindividuais, apresenta peculiaridades quando a pessoa jurídica de direito público é ré.

Oportuna, novamente, a lição de Sergio Shimura²⁹⁷: “Figurando na ação civil pública como demandada a Fazenda Pública, o sistema das ações coletivas permite e determina que se deve conferir maior relevância aos interesses difusos e coletivos do que aqueles ligados diretamente à Fazenda Pública. Daí não se

²⁹⁶ “Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais”, in *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*, coord. de Luiz Fux, Nelson Nery Jr e Teresa Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 608.

²⁹⁷ “Reanálise”, cit., p. 609.

aplicar o art. 475 do CPC, mas sim invocar-se por analogia o regime da lei 7.853/1989 (art. 4º, § 4º), pelo qual somente há reexame necessário em caso de *carência* ou de *improcedência*, independentemente de a pessoa jurídica de direito público migrar para o pólo ativo da demanda”.

3.3.8. A relativização da coisa julgada

A coisa julgada, com a constitucionalização das garantias processuais, foi elevada ao patamar de garantia constitucional fundamental e está expressamente referida no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal: *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

Nos últimos anos, contudo, a doutrina passou a discutir se referida garantia é absoluta ou relativa.

3.3.8.1. Relativização doutrinária da coisa julgada

Considerando que a coisa julgada é explicitação do princípio da segurança jurídica e que esse não é o único valor que informa o processo, a doutrina passou a sustentar a possibilidade de relativização ao invocar o outro grande valor fundamental da ordem jurídica, qual seja, a justiça.

Portanto, não obstante tratar-se de garantia constitucional, muitos autores passaram a entender que é possível a relativização.

Em síntese lapidar, após longa pesquisa sobre o tema, o emérito Cândido Dinamarco²⁹⁸ enumera situações em que há

²⁹⁸ *Nova era do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 243-244.

necessidade de harmonizar as exigências da segurança e da justiça:

I – o princípio da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material;

II – a *moralidade administrativa* como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado;

III – o imperativo constitucional do *justo valor* das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto;

IV – o zelo pela *cidadania e direitos do homem*, também residente na Constituição Federal, como impedimento à perenização de decisões inaceitáveis em detrimento dos particulares;

V – a *fraude e o erro grosseiro* como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada;

VI – a garantia constitucional do *meio-ambiente ecologicamente equilibrado*, que não deve ficar desconsiderada mesmo na presença de sentença passada em julgado;

VII – a garantia constitucional do *acesso à ordem jurídica justa*, que repete a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade;

VIII – o *caráter excepcional* da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa julgada, sem o qual o sistema processual

perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria”.

Concordamos plenamente com a necessidade de *relativização da coisa julgada*, mas não deixamos de externar nossa opinião no sentido de que essa relativização deve ser aplicada com cautela, após analisadas as peculiaridades de cada caso concreto. Não pode ser considerada constitucional, por exemplo, uma norma que, abstrata e automaticamente, retire a eficácia de sentenças ou acórdãos transitados em julgado, sem que, no caso concreto, sejam feitas as ponderações exigidas pelo princípio da proporcionalidade.

Deve-se registrar que há enorme manifestação da doutrina contemporânea no sentido da relativização da coisa julgada.

Registre-se, ademais, que a tese da relativização não é pacífica na doutrina.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁹⁹, por exemplo, manifestaram-se contrariamente: “Decisão *posterior*, ainda que do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial. A decisão do STF que declara inconstitucional lei ou ato normativo tem eficácia retroativa *ex tunc*, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a *coisa julgada* (Canotilho, *Dir. Const.*, pp. 1013/1014). Não pode alcançar, portanto, as relações jurídicas firmes, sobre as quais pesa a *auctoritas rei iudicatae*, manifestação do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social-coletivo) e garantia constitucional fundamental (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso) (...). Caso se admita a

²⁹⁹ *Código*, cit., p. 648.

retroação prevista na norma ora comentada como possível, isso caracterizaria *ofensa direta* a dois dispositivos constitucionais: CF 1º *caput* (Estado Democrático de Direito, do qual a coisa julgada é manifestação) e 5º XXXVI (garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada). A norma, instituída pela L 11232/05, é, portanto, *materialmente inconstitucional*. Não se trata de privilegiar o instituto da coisa julgada sobrepondo-se ao princípio da supremacia da Constituição, como constou do voto do Min. Relator em decisão do STJ sobre a matéria, ao aplicar o CPC 741, na vigência do texto revogado pela L 11232/05 (STJ, 1ª T., Resp. 720953-SC, rel. Min. Teoria Albino Zavascki, j. 28.6.2005, v.u., DJU 22.8.2005, p. 142)”.“.

3.3.8.2. Relativização legal da coisa julgada: a coisa julgada inconstitucional

A previsão do CPC (art. 485) que admite o ajuizamento da ação rescisória depois do trânsito em julgado da sentença, não deixa de ser uma relativização legal do instituto da coisa julgada.

Porém, interessa-nos agora a relativização decorrente da coisa julgada inconstitucional.

A Medida Provisória n. 2.180-35/2001, em seu artigo 10, determinou a inclusão de parágrafo único ao artigo 741 do CPC, e introduziu no direito brasileiro uma hipótese legal de relativização da coisa julgada. O dispositivo passou a prever o seguinte: *Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo*

tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Referido parágrafo único, então, foi inserido em dispositivo referente aos embargos à execução fundada em sentença. Após a Lei n. 11.232/2005, o parágrafo se refere aos embargos à execução contra a Fazenda Pública. A referida lei, aliás, eliminou a possibilidade da dedução de embargos no caso de execução de título judicial.

Com a Lei n. 11.232/2005, disciplinou-se o *cumprimento da sentença*, com profunda alteração no mecanismo da execução dos títulos executivos judiciais. A oposição do devedor ao cumprimento de sentença tornou-se possível por meio da *impugnação* (art. 475-J, § 1º, c.c. art. 475-L).

Não se esqueceu a nova lei, contudo, da relativização da coisa julgada, pois estabeleceu no § 1º do art. 475-L a possibilidade de arguição da *coisa julgada inconstitucional*.

Em face das garantias do art. 5º, XXXVI, da CF, discute-se a constitucionalidade do disposto nos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, divergindo a doutrina sobre a possibilidade de ser rescindida, por meio de impugnação, a decisão já transitada em julgado.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo, ajuizou perante o STF a ADIn nº 3740, pedindo a suspensão liminar e a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos do CPC, entendendo que “atentam contra a intangibilidade da coisa julgada”.

Para a OAB, estariam sendo prejudicados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a partir do momento em

que se admite a impugnação de decisão transitada em julgado, o que somente deveria ser admitido no caso de ação rescisória.

Já citamos acima a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁰⁰ favorável à inconstitucionalidade do dispositivo legal.

Diz-se que a sentença transitada em julgado que tenha por fundamento uma lei declarada, posteriormente, inconstitucional, produz a coisa julgada inconstitucional.

Por isso, diante da possibilidade de sentença transitada em julgado inconstitucional, o § 1º do art. 475-L deixa consignado que é inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria³⁰¹ sustentam a inexigibilidade do título no caso de *coisa julgada inconstitucional* de forma ampla: “1. O vício da inconstitucionalidade gera a invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário; 2. A coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença proferida em contrariedade à Constituição Federal; 3. Em se tratando de sentença nula de pleno direito, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode se dar a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável. O vício torna, assim, o título inexigível”.

³⁰⁰ *Código*, cit., p. 648.

³⁰¹ A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, in *Coisa julgada inconstitucional*, coord. de Carlos Valder do Nascimento, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 169.

Concordamos, porém, com Paulo Henrique dos Santos Lucon³⁰², no sentido de que “o aludido parágrafo não retira simplesmente a eficácia executiva do título. O julgador não estaria se cingindo a aplicar uma sanção de ineficácia ao título com a declaração de que tal ato estaria em contraste com o pronunciamento do STF. Retirar a eficácia executiva significa apenas inviabilizar essa modalidade de tutela; o § 1º do art. 475-N, além de permitir e viabilizar uma nova modalidade de desconstituição do título judicial, permite a declaração de que esse ato jurídico não está conforme a Constituição Federal”.

A nosso ver, para que a norma não seja reputada inconstitucional, é importante muito cuidado na sua aplicação, sobretudo para não se entender que sentenças ou acórdãos transitados em julgado não sejam, automaticamente, considerados ineficazes, sem as devidas ponderações decorrentes do princípio da proporcionalidade.

Com mais rigor deve ser apreciada a alegação no caso de decisão já transitada em julgada, sobretudo para invocar nova interpretação da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal. O STF, em várias situações, já alterou sua interpretação, não sendo lícito que uma nova interpretação, que pode ser decorrente de um novo contexto social, possa atingir casos julgados de forma automática.

Paulo Henrique dos Santos Lucon³⁰³ bem analisa a questão: “Nesses casos, o título executivo judicial será desconstituído por força de decisão do STF, ainda que essa decisão seja superveniente à formação do título, o que aparentemente colidiria com a garantia

³⁰² “Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação”, in *Aspectos polêmicos da nova execução*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 466.

³⁰³ “Nova execução”, cit., p. 462.

constitucional da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). No entanto, tal garantia não constitui um bem ou valor intocável, já que a legislação infraconstitucional pode regular as situações em que ela poderá ser afastada (cf., por exemplo: os incisos do art. 485 do CPC). Conforme os ditames da razoabilidade e da proporcionalidade, no entanto, nem toda declaração de inconstitucionalidade autorizará a desconstituição do título. A desconstituição do título apenas será possível caso, na ponderação entre o princípio da segurança jurídica e aquele albergado quando da declaração de inconstitucionalidade, esse último prevaleça no caso concreto”.

Outra observação importante do citado autor³⁰⁴: “Para que a declaração de inconstitucionalidade da norma determine a desconstituição do título executivo, é fundamental que a decisão judicial tenha alicerce exclusivo na norma. Se houver outro fundamento suficiente para lastrar a decisão, ela não pode ser desconstituída. Ademais, se a decisão tiver mais de um capítulo esses capítulos forem autônomos, caso apenas um deles tenha fundamento na norma declarada inconstitucional pelo STF, não é possível a desconstituição do outro capítulo”.

É também do autor³⁰⁵ a correta observação no sentido de que, “por ter um atributo rescisório, a impugnação aqui constitui um meio que o legislador encontrou para ampliar o prazo para a desconstituição da sentença transitada em julgado, que, na ação rescisória, a teor do disposto no art. 495 do CPC, é de dois anos.

Sem excluir a possibilidade de ação rescisória, o § 1º do art. 475-N, viabiliza a impugnação ao cumprimento de título executivo

³⁰⁴ “Nova execução”, cit., p. 462.

³⁰⁵ “Nova execução”, cit., p. 463.

judicial e a propositura de ação cognitiva autônoma, vias obviamente não sujeitas ao prazo de dois anos da ação rescisória, contra sentença inconstitucional, desde que tenha havido o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF da lei que serviu de fundamento para o ato a ser atacado”.

Teori Zavascki³⁰⁶, no mesmo sentido, afirma que “a constitucionalidade do dispositivo decorre do seu significado e da sua função. Trata-se de preceito normativo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual de tutela da ordem constitucional em face de determinadas sentenças. Até o seu advento, o meio apropriado para conter a exeqüibilidade de qualquer sentença tida por inconstitucional era a ação rescisória (art. 485, V). Agora, para hipóteses especialmente selecionadas pelo legislador, conferiu-se essa eficácia aos embargos (art. 741, parágrafo único) e à impugnação (art. 475-L, § 1º) à execução. Não há inconstitucionalidade alguma nisso”.

3.3.8.3. Relativização na jurisprudência

É bastante intensa a manifestação do Superior Tribunal de Justiça a favor da relativização da coisa julgada, mesmo antes da sua relativização legal.

Aliás, as hipóteses ultrapassam a previsão legal do parágrafo único do art. 741 do CPC ou do parágrafo único do art. 475-L.

Vamos citar alguns casos.

³⁰⁶ “Defesas do executado”, cit., p. 154.

3.3.8.3.1. Relativização em ação declaratória de nulidade prejudicial à execução contra a Fazenda Pública

No recurso especial n. 240712 / SP, o Ministro Relator José Delgado, em decisão proferida em 15/02/2000, consignou a possibilidade de relativização, mantendo decisão antecipatória de tutela que suspendeu pagamento de precatórios sob a argumentação de que é necessário conceituar os efeitos da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica. A ementa do acórdão é a seguinte:

“PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. EFEITOS. COISA JULGADA.

1. Efeitos da tutela antecipada concedidos para que sejam suspensos pagamentos de parcelas acordados em cumprimento a precatório expedido.

2. Alegação, em sede de Ação Declaratória de Nulidade, de que a área reconhecida como desapropriada, por via de Ação Desapropriatória Indireta, pertence ao vencido, não obstante sentença trânsito em julgado.

3. Efeitos de tutela antecipada que devem permanecer até solução definitiva da controvérsia.

4. Conceituação dos efeitos da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica.

5. Direitos da cidadania em face da responsabilidade financeira estatal que devem ser asseguradas.

6. Inexistência de qualquer pronunciamento prévio sobre o mérito da demanda e da sua possibilidade jurídica.

7. Posição que visa, unicamente, valorizar, em benefício da estrutura social e estatal, os direitos das partes litigantes.

8. Recurso provido para garantir os efeitos da tutela antecipada, nos moldes e nos limites concedidos em primeiro grau”.

3.3.8.3.2. Relativização em ação de investigação de paternidade baseada na possibilidade de alegação de nova causa de pedir

No recurso especial n. 112101/RS, em que foi relator o Min. Cesar Asfor Rocha, proferiu-se acórdão no dia 29/06/2000, com evidente relativização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade. A ementa é a seguinte:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE. CAUSA DE PEDIR DA PRIMEIRA DISTINTA DA CAUSA PETENDI DA SEGUNDA.

Pelo disposto nos três incisos do art. 363 do Código Civil o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor a ação de investigação da paternidade.

O fato de ter sido julgada improcedente a primeira ação que teve como causa de pedir a afirmação de que ao tempo da sua concepção a sua mãe estava concubinada com o seu pretendido pai, não lhe impede de ajuizar uma segunda demanda, com outra causa petendi, assim entendida que a sua concepção coincidiu com as relações sexuais mantidas por sua mãe com o seu pretendido pai.

São dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada”.

3.3.8.3.3. Relativização em ação de investigação de paternidade baseada no valor justiça

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira foi relator no recurso especial n. 226436/PR, em decisão do dia 28/06/2001, cuja ementa é a seguinte:

“PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES.

DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de

paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando

que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, ‘sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza’ na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade’.

IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum”.

3.3.8.3.4. Relativização durante a execução

O Ministro Luiz Fux foi relator do recurso especial n. 861864/MG, julgado em 06/09/2007, cuja ementa exalta a possibilidade de se alegar a inexigibilidade do título executivo baseado na inconstitucionalidade.

Confira-se a ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU, TCLLP E TIP. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE APELAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A apelação é o recurso por excelência, consagrado por todos os nossos matizes europeus e pelos sistemas latino-americanos do mesmo tronco científico do que o nosso, singularizando-se pelo fato de dirigir-se ao pronunciamento último do juízo e pela sua ampla devolutividade, que investe o tribunal no conhecimento irrestrito da causa, concretizando o dogma do duplo grau de jurisdição.

2. O Código de Processo Civil adstringe a atuação do tribunal aos limites da impugnação (art. 515, caput), vigorando a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*. Todavia, por vezes, o tribunal

exerce cognição mais vertical do que o juiz a quo, porquanto lhe é lícito conhecer de questões que sequer foram apreciadas em primeiro grau, haja vista que a apelação é recurso servil ao afastamento dos 'vícios da ilegalidade' e da 'injustiça', encartados em sentenças definitivas ou terminativas.

3. Desta sorte, as fronteiras da instância ad quem são delimitadas pela impugnação, não se admitindo, em nome da ampla devolutividade, o conhecimento de pedidos novos ou de exceções materiais não aduzidas pelo demandado, salvo as objeções que, tal como poderiam ter sido conhecidas de ofício em primeiro grau, pelo princípio da identidade, também autorizam o tribunal a conhecê-las. (Precedentes: REsp. 847390/SP , 1ª Turma, DJ de 22/03/2007; REsp. 872427/SP, 4ª Turma, DJ de 05/02/2007; REsp. 781050/MG, 4ª Turma, DJ de 26/06/2006; REsp. 426030/SP , 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 05/12/2005).

4. *In casu*, a inconstitucionalidade das exações que ensejaram a propositura da ação executória fiscal, que deu azo à presente demanda, infirma a exigibilidade do título em que aquela se funda, sendo lícito conhecer da matéria. Isto porque ao juiz é dado acatar o pedido do autor com base em fundamentos diversos dos veiculados pela parte, consoante o brocardo latino *iura novit curia*, máxime à luz da novel redação do art. 475-L, § 1º, do CPC, que inclui a

inconstitucionalidade como matéria não preclusa no processo de conhecimento.

5. Nesse segmento, é cediço que as matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz, que versem sobre questão de viabilidade da execução - liquidez e exigibilidade do título, condições da ação e pressupostos processuais -, não são suscetíveis à ocorrência da preclusão.

6. Recurso especial provido, prejudicadas as demais questões suscitadas”.

3.3.8.3.5. Eficácia vinculante da declaração de inconstitucionalidade que retira eficácia do título executivo judicial

O Ministro Teoria Albino Zavascki foi relator do recurso especial n. 908091/SP, julgado no dia 13/02/2007, e fez constar da ementa do acórdão a seguinte afirmação:

“Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que conhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão"), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir

a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05)'''.

3.3.8.4. Limites territoriais da coisa julgada

Os efeitos da sentença de procedência de uma ação podem sofrer limitação territorial?

A Lei n. 9.494/1997 alterou a redação do artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e estabeleceu que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator.

Trata-se de evidente imposição de limite espacial da extensão subjetiva do comando da sentença.

Concordamos plenamente com Nelson Nery Junior e Rosa Nery³⁰⁷, "a norma, na redação dada pela L 9494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorara há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 *caput*. Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força da LACP 21 e CDC 90. Para que tivesse eficácia, deveria ter havido alteração da LACP 16 e do CDC 103. De conseqüência, não há limitação territorial para a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em ação

³⁰⁷ Código de processo, cit., 6ª ed., p. 1366-1367.

coletiva, que esteja fundada na LACP, quer no CDC. De outra parte, o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, com se, *v.g.*, a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! O que importa é quem foi atingido pela coisa julgada material”.

Portanto, os efeitos da sentença de procedência da ação civil pública não podem sofrer limitação no espaço.

3.3.8.5. Limite temporal da coisa julgada

A discussão sobre a possibilidade de serem estabelecidos limites temporais em relação à coisa julgada existe, de forma muito intensa, no direito tributário.

Sobretudo em função da Súmula n. 239, que tem o seguinte enunciado: *Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.*

José Maria Tesheiner³⁰⁸ anota em relação à citada súmula: “Trata-se de limitação temporal aos efeitos da coisa julgada, destinada a impedir que alguns contribuintes obtenham, por sentença, tratamento privilegiado por tempo indeterminado”.

3.3.8.6. Incongruência subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas

³⁰⁸ *Eficácia*, cit., p. 169.

É notória a incongruência subjetiva determinada pelo legislador no caso de ações coletivas.

A coisa julgada, em ações coletivas, é disciplinada em vários dispositivos legais. Por exemplo, no artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, no artigo 18, da Lei da Ação Popular e no artigo 4º da Lei 7.853/89, Lei que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência.

Estabelece o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85): *A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.*

Por sua vez, estabelece o artigo 103, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90): *Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:*

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

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

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

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

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

O artigo 18, da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) diz: *A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.*

A matéria também é disciplinada pelo artigo 4º da Lei 7.853/89, Lei que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência: *A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.*

Como se vê dos citados dispositivos legais, a possibilidade de que a coisa julgada produza efeitos *erga omnes* e *ultra partes* representa grande incongruência subjetiva.

Ocorre que a incongruência é novamente necessária, sob pena de se retirar a eficácia da tutela jurisdicional coletiva.

Como bem observam Nelson e Rosa Nery³⁰⁹, “no processo civil ortodoxo, a coisa julgada não favorece nem beneficia terceiros, alcançando somente as partes entre as quais foi dada a

³⁰⁹ Código de processo, cit., 3ª ed., 1997, p. 1156.

sentença de mérito (CPC 472). Nas ações coletivas, entretanto, a solução não atende às necessidades próprias dos conflitos coletivos, de sorte que a LACP criou, a exemplo do que dispõe a LAP 17, um sistema diferenciado de limites subjetivos da coisa julgada: o da eficácia *erga omnes* do comando da sentença de mérito”.

Nesse mesmo sentido é a lição de Arruda Alvim e Thereza Alvim³¹⁰, quando estes autores comentam o artigo 103, do CDC, apontando, basicamente, as seguintes peculiaridades:

a) a extensão subjetiva da coisa julgada, *não restrita às partes*;

b) a sua possível ocorrência em conformidade com o resultado do processo”. Nesse caso, fala a doutrina em coisa julgada *secundum eventum litis*, ou, ainda, da coisa julgada somente para beneficiar.

Quanto ao primeiro item podem ser levantadas críticas, pois a limitação da coisa julgada às partes é decorrência do próprio princípio do contraditório.

Também em relação ao segundo item podem ser feitas críticas. Arruda Alvim e Thereza Alvim³¹¹ assim se manifestam: “Há argumentos de política legislativa, que condenam essa modalidade *unilateral* de ocorrência de coisa julgada, i.e., somente quando beneficia, quais sejam: 1º) que o réu será obrigado a *repetir* sua defesa, no caso de improcedência, pois que poderá ser *sucessivamente* demandado, *sem se beneficiar* com o resultado que, *ao menos provisoriamente*, lhe foi favorável; 2º) de outra parte, possível será que decisões *teoricamente contraditórias*

³¹⁰ Código do consumidor comentado, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 461.

³¹¹ Código do consumidor, cit., p. 464.

ocorram. Todavia, tratando-se de *política legislativa* e, não se podendo vislumbrar *inconstitucionalidade*, nesse tratamento diferenciado, porque se parte da premissa de que o consumidor é um fraco e, portanto, tem de ser protegido *em massa*, e, correlatamente, o fornecedor é um forte, os argumentos em sentido contrário não sensibilizaram o legislador e, na verdade, não devem ser os acolhidos”.

Portanto, principalmente pela extensão dos limites subjetivos da coisa julgada, bem como pela possibilidade de sua formação de acordo com o resultado do processo, a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas é diferente do sistema do Código de Processo Civil.

A incongruência subjetiva é fator decisivo para a eficácia da tutela coletiva.

Bem observa Antonio Gidi³¹² que, “o de que trata a lei é, em verdade, a extensão da *imutabilidade* do julgado (imutabilidade dos efeitos da sentença; imutabilidade do comando do julgado). Esta sim, a coisa julgada (a imutabilidade), diferentemente da eficácia da sentença que opera *erga omnes*, tem, regra geral, eficácia apenas *inter partes* (CPC, art. 472), carecendo de norma específica que a estenda a terceiros.

Enfim, o importante, o inovador, o revolucionário é que se estendem os efeitos da sentença favorável, com a força da imutabilidade do seu comando, a terceiros alheios à relação jurídico-processual estabelecida com a ação coletiva”.

Trata-se, portanto, de incongruência subjetiva, pois são atingidas pessoas que não foram parte da relação processual.

³¹² *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 107.

Para que terceiros não sejam prejudicados, a coisa julgada só se dá em função do resultado do processo (*secundum eventum litis*):

- procedência da ação coletiva: opera-se a imutabilidade dos efeitos da sentença em relação às partes do processo e em relação a todos (*erga omnes*);

- improcedência pelo mérito: também opera-se a imutabilidade dos efeitos da sentença em relação às partes do processo e em relação a todos (*erga omnes*);

- improcedência por falta de provas: qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Não se opera, portanto, a coisa julgada. É de se observar que a maioria da doutrina entende que mesmo o legitimado que atuou em juízo e foi vencido pode repropor a ação. Porém, Antonio Gidi³¹³ não concorda com essa opinião, afirmando que “o que a lei diz, na verdade, é ‘qualquer *outro* legitimado’, porque pode a decisão não ter feito coisa julgada *erga omnes*, mas o fez *inter partes*”.

Esse é, em síntese, o sistema da coisa julgada nas ações coletivas.

Quanto aos direitos individuais também há aspectos importantes a serem considerados.

Conforme lição de Nelson e Rosa Nery³¹⁴, “o CDC 103 § 3º introduziu modificação no sistema da coisa julgada da LACP. Permitiu que a coisa julgada originada da sentença de procedência da ação coletiva beneficiasse o particular prejudicado para o fim de obter reparação de seu dano individual. Isto significa que a

³¹³ *Coisa julgada*, cit., p. 119.

³¹⁴ *Código de processo*, cit., 3ª ed., p. 1156.

condenação genérica proferida na ação coletiva terá de ser individualizada na futura demanda individual, para a qual o interessado se servirá da coisa julgada proferida na ação coletiva. O particular e seus sucessores estarão habilitados a ajuizar ação de liquidação da sentença proferida na ACP”.

Por outro lado, “a coisa julgada oriunda de sentença de improcedência, proferida em ACP no sistema da LACP, não prejudicará o direito individual de terceiro alheio à relação jurídica processual, que poderá ajuizar demanda individual pleiteando a satisfação do seu direito. No entanto, se for julgado procedente o pedido deduzido em ACP, fará coisa julgada *erga omnes*, inclusive para atingir os titulares de direito individual, que poderão beneficiar-se do resultado da demanda coletiva para buscar a satisfação de seu direito individual (CDC 103 § 3º). Neste caso, a coisa julgada da ACP se opera, quanto a eles, *secundum eventum litis* e, mais ainda, *in utilibus*, isto é, só se for julgado procedente o pedido na ACP. O objeto da ação coletiva é a *condenação genérica* do causador do dano, ao passo que o objeto da ação individual é reparação do prejuízo sofrido pelo particular”³¹⁵.

Nesse sentido também é a lição de Antonio Gidi³¹⁶: “se procedente o pedido, haverá a extensão *in utilibus* da imutabilidade do comando da sentença coletiva a todos aqueles consumidores cujas lides individuais homogêneas sejam correspondentes às lides superindividuais. Isto quer dizer que, com a sentença de procedência da ação coletiva, qualquer consumidor violado em sua esfera individual pela violação a um direito superindividual terá um título executivo judicial que o habilita a apurar os danos individualmente sofridos em processo individual de liquidação e

³¹⁵ Nelson e Rosa Nery, *Código de processo*, cit., 3ª ed., p. 1157.

³¹⁶ *Coisa julgada*, cit., p. 117.

executar o seu crédito diretamente, sem necessidade de promover ação individual de condenação contra o fornecedor”.

O exemplo de Nelson e Rosa Nery³¹⁷ ajuda a compreender melhor a questão: “Reconhecido em ACP, por exemplo, dano provocado ao meio ambiente e a terceiros por atividade poluidora, o particular ou seu sucessor que se sentir lesado pelos fatos reconhecidos na sentença de procedência da ACP poderá dela se servir para pleitear a liquidação dos danos por ele sofridos e, posteriormente, a execução, sem que haja necessidade de mover ação de conhecimento para tanto. A vantagem da norma do CDC 103 § 3º ‘que a *sentença de condenação genérica* do causador do dano evita a proliferação de ações condenatórias individuais”.

Portanto, podemos concluir esse tópico exaltando a importância da incongruência para a efetividade da tutela coletiva, bem como a relevância da relativização da coisa julgada em muitas situações.

Não se pode concluir, porém, no sentido de existir total incongruência subjetiva no caso de tutela coletiva.

Por isso, é importante observar que há limitação da extensão da coisa julgada a quem não foi parte da demanda coletiva.

No julgamento do recurso especial n. 462.847/RS³¹⁸, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão, da lavra do Ministro Félix Fischer, ressaltando a impossibilidade de extensão da coisa julgada operada em ação civil pública proposta contra a União em desfavor do INSS:

³¹⁷ *Código de processo*, cit., 3ª ed., p. 1157.

³¹⁸ Julgamento ocorrido no dia 10/10/2006 e publicado no DJ do dia 30.10.2006, p. 372.

“RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UNIÃO. REAJUSTE DE 28,86%. CONDENAÇÃO GENÉRICA. LIQUIDAÇÃO PROPOSTA PELO SERVIDOR. INSS. PÓLO PASSIVO. ILEGITIMIDADE.

I- A Autarquia federal não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da liquidação e execução de sentença genérica, em ação civil pública, proferida contra União, na qual se objetivava o pagamento do reajuste de 28,86%, porquanto, por ser pessoa jurídica distinta da União, possui autonomia administrativa e financeira.

II- O efeito *erga omnes* previsto no art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985, não vai ao ponto de comprometer a situação jurídica de terceiro que não participou do pólo passivo da relação processual (art. 472, do CPC).

Recurso especial provido”.

3.4. Estabilidade na fase de liquidação

Após a Lei n. 11.232/2005, que reformou o Código de Processo Civil e disciplinou novos procedimentos para a execução da sentença, a liquidação tornou-se uma fase do processo de conhecimento que antecede a fase de cumprimento da sentença.

A liquidação se faz necessária no caso de sentença condenatória genérica, isto é, da sentença que condena o réu e acolhe pedido genérico formulado pelo autor nos casos admitidos, de forma excepcional, pelo art. 286 do CPC: *O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: a)*

nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados; b) quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito; c) quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

Lembra Vicente Greco Filho³¹⁹ que “a sentença condenatória pode tornar certo apenas o débito (*an debeatur*), cabendo à liquidação a atribuição do quanto (*quantum debeatur*). Se a sentença contiver uma parte líquida e um parte ilíquida, pode o credor promover, simultaneamente, a execução daquela e a liquidação desta”.

Depois da reforma processual de 1994, existem dois procedimentos de liquidação:

- a) a liquidação por artigos;
- b) a liquidação por arbitramento.

Para Greco Filho³²⁰, “a liquidação da sentença pode proceder-se de três maneiras, conforme o tipo de providências necessárias à determinação do quanto. Faz-se a liquidação por cálculo do credor, por arbitramento ou por artigos”.

Não concordamos com essa colocação, haja vista que não existe *processo, nem mesmo procedimento* de liquidação por cálculo do credor.

Afinal, havendo mera necessidade de cálculos aritméticos para se estabelecer o montante do crédito/débito, o credor simplesmente faz a petição inicial ser acompanhada de um memorial dos cálculos. Ou seja, inicia-se a execução propriamente

³¹⁹ *Direito processual civil brasileiro*, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 44.

³²⁰ *Direito processual*, cit., p. 44/45.

dita sem necessidade de um procedimento antecedente, como acontece na liquidação por artigos e por arbitramento.

A liquidação por arbitramento, disciplinada nos arts. 475-C e 475-D do CPC, ocorre quando há necessidade que a apuração do valor seja feita por perito.

A liquidação por artigos, regulada pelos arts. 475-E e 475-F do CPC, ocorre quando houver necessidade de se provar fato novo.

Ovídio Baptista³²¹ bem aponta a distinção entre as duas espécies de liquidação: “na liquidação por arbitramento, os elementos sobre os quais os peritos arbitradores fixarão o objeto da liquidação encontram-se provados nos autos; na liquidação “por artigos” necessita-se demonstrar a existência de fatos ainda não provados na respectiva demanda”.

Observa Greco Filho³²² que “diverge a doutrina sobre a solução a dar no caso de o credor não conseguir provar os fatos que fundamentam a fixação do valor. José Frederico Marques entende que, no caso, a ação será declarada improcedente, e se procederá a nova liquidação, nos autos do processo condenatório genérico, mediante arbitramento, se assim o autor o requerer. Humberto Theodoro Júnior entende que ocorre a nulidade do processo, que será reconhecida por sentença. Esse julgamento acarretará o ônus das custas para o credor, mas não impedirá que ele proponha nova liquidação, porque não haverá coisa julgada material.

De fato, frustrada a liquidação, não se poderia entender que ficaria obstada a sua repetição porque, se assim fosse, estaríamos admitindo que uma decisão posterior desfizesse ou tornasse

³²¹ *Curso de processo civil*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 2, p. 61.

³²² *Direito processual*, cit., p. 48.

ineficaz a sentença condenatória. É certo, portanto, que a falta de prova dos fatos articulados na inicial não impede a renovação do pedido. Não cremos, porém, que a hipótese seja quer de improcedência, quer de nulidade. Se fosse de improcedência, haveria o óbice da coisa julgada, porque, como sustentamos, a sentença na liquidação por artigos é de mérito, definitiva da lide sobre o valor; não é, outrossim, caso de nulidade, porque esta se dá quando há vício formal do processo ou dos atos processuais. A hipótese, então, parece ser de carência do pedido de liquidação, por falta da utilização dos meios necessários e pertinentes à sua concretização, falta, portanto, de interesse processual na forma adequação. Este entendimento também é compatível com a possibilidade da utilização de novo pedido de liquidação, pela mesma forma ou por outra” – grifamos.

Verifica-se, pois, a existência de três entendimentos sobre a falta de prova dos fatos novos:

- a) improcedência da liquidação;
- b) nulidade;
- c) carência (falta de interesse adequação).

Resumindo, a sentença ilíquida não comporta execução imediata, pois depende da liquidação para ser viável o cumprimento de sentença.

No caso da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, sempre será necessária a liquidação, considerando que o CDC, nesse caso, é peremptório, no art. 95, quanto ao fato de ser proferida sentença condenatória genérica neste caso.

Em se tratando de ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos, a liquidação pode ser:

- a) coletiva (global – art. 98 CDC e residual – art. 100 CDC);
- b) individual – habilitação (art. 97 do CDC). A liquidação individual é chamada de *habilitação*.

Ocorre que, como observa Ada Pellegrini Grinover³²³, “por intermédio dos processos de liquidação, ocorrerá uma verdadeira *habilitação* das vítimas e sucessores, capaz de transformar a condenação pelos prejuízos globalmente causados do art. 95 em indenizações pelos danos individualmente sofridos. Aliás, é a própria lei que, no art. 100, utiliza a expressão *habilitação de interessados*. Habilitação essa que, se não guarda parentesco com a do art. 1.055 e segs. do CPC, tem similitude com aquela que ocorre por intermédio das reclamações individuais de cumprimento, após a sentença coletiva trabalhista (muito embora, pela legislação do trabalho, não se trata de ações de conhecimento, porquanto a sentença coletiva é de natureza constitutiva e não condenatória: art. 872 da CLT)”.

Trataremos mais especificamente da liquidação da sentença proferida em ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos.

Em se tratando de ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos, estabelece o artigo 95, do Código de Defesa do Consumidor que, *em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*.

A sentença, então, será genérica, embora seja sempre certa a responsabilidade de indenizar.

³²³ Código brasileiro de defesa do consumidor, cit., p. 690.

Nesse sentido, observa Ada Pellegrini Grinover³²⁴ que “o fato de a condenação ser *genérica* não significa que a sentença não seja certa, ou precisa. A certeza é condição essencial do julgamento, devendo o comando da sentença estabelecer claramente os direitos e obrigações, de modo que seja possível executá-la. E essa certeza é respeitada, na medida em que a sentença condenatória estabelece a obrigação de indenizar pelos danos causados, ficando os destinatários e a extensão da reparação a serem apurados em liquidação da sentença. A sentença *genérica* do art. 95 é, portanto, *certa e ilíquida*. Enquadra-se no disposto no art. 586, § 1º do CPC, que contempla a condenação genérica como aquela que, reconhecendo em definitivo o direito, há de ser liquidada para “estabelecer o *quantum*, ou a *res*, ou o *facere* ou *non facere*”.

Por isso, a liquidação, em se tratando de ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos, é sempre necessária. Afinal, a condenação será genérica.

Também pode ser dito que a liquidação, nesse caso, será sempre por artigos.

É de ser observar que, no caso de direitos difusos e coletivos, a liquidação pode ser dispensável, no caso de sentença líquida e certa. Sendo necessária, por iliquidez da sentença, a liquidação será, normalmente, por artigos, mas também poderá ser por arbitramento.

Todavia, como se disse, em se tratando de direitos individuais homogêneos há sempre necessidade de liquidação, porque a condenação é genérica e na ação coletiva não são discutidos, caso a caso, os danos sofridos individualmente pelas vítimas.

³²⁴ Código brasileiro, cit., p. 688.

Disse-se que a liquidação será por artigos porque, como observa Patricia Miranda Pizzol³²⁵, “haverá sempre fato novo a ser demonstrado e provado, pois o indivíduo terá que comprovar o nexo de causalidade entre o “dano genérico”, a cuja reparação foi condenado o réu na ação condenatória e o prejuízo sofrido por ele individualmente, vez que, sem demonstrar isso, não terá legitimidade para promover a liquidação”.

A liquidação da sentença condenatória em se tratando de direitos individuais homogêneos, portanto, tem uma peculiaridade: há sempre necessidade de se provar, além do *quantum debeatur*, o *an debeatur*.

Como se sabe, normalmente o procedimento de liquidação é destinado a fazer prova do valor da condenação, pois a obrigação de indenizar é certa.

Todavia, a vítima dos danos tem a necessidade de provar o seu dano pessoal, bem como a relação de causalidade. Por isso, diz a doutrina que há necessidade de provar o *an debeatur* específico.

Há quem discorde desse posicionamento.

Por exemplo, pode ser citada a lição de Patricia Miranda Pizzol³²⁶: “Diz a doutrina que, nesse caso, haverá a necessidade de cada indivíduo provar o *an debeatur* específico, tendo em vista que a sentença liquidanda terá fixado apenas o *an debeatur* genérico. Entretanto, *data maxima venia*, a comprovação da extensão individual do dano não está relacionada, no nosso sentir, com a fixação do *an debeatur* específico, dizendo respeito, isto sim, à própria legitimidade do indivíduo para a propositura da liquidação e respectiva execução, ou seja, para que as vítimas possam ser

³²⁵ *Liquidação nas ações coletivas*, São Paulo: Lejus, 1998, p. 194.

³²⁶ *Liquidação*, cit., p. 195.

beneficiadas pela sentença condenatória proferida na ação de conhecimento promovida, terão de demonstrar que elas foram atingidas pelo ato praticado pelo agente. Trata-se de questão prejudicial pertinente não ao mérito, como ocorre em regra, mas relativa a uma condição da ação – legitimidade *ad causam*".

Ousamos discordar de Patricia Pizzol, pois a prova por parte das vítimas de que foram atingidas pela conduta do agente é questão de mérito, já que sobre ela haverá produção de provas e julgamento definitivo.

A ação de liquidação é de conhecimento, como se disse acima, e seguirá o rito comum (ordinário ou sumário).

Outra questão que merece ser analisada diz respeito à possibilidade ou não de improcedência da ação de liquidação.

Como vimos acima, no que se refere ao processo civil ortodoxo, há três entendimentos possíveis: alguns autores entendem que deve ser declarada a nulidade do processo de liquidação, outros falam em improcedência, outros em carência da ação.

Em se tratando de ações coletivas, o melhor entendimento parece ser o de Flávio Luiz Yarshell³²⁷. Para esse autor, como a ação de liquidação tem por objeto a "demonstração do nexos causal entre os danos experimentados e a responsabilização imposta na sentença", "não está afastada a possibilidade de que a sentença de liquidação conclua que o dano a ressarcir é nenhum, culminando com a denominada 'liquidação zero'. Isso ocorrerá sempre que o demandante não logre provar o nexos entre os danos que aponta e

³²⁷ "Observações a propósito da liquidação na tutela de direitos individuais homogêneos", in *Atualidades sobre liquidação de sentença*, coord. de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 161/162.

a responsabilização imposta na condenação genérica; ou que não consiga demonstrar a própria existência dos danos; ou onde o demandado demonstrar que a obrigação reconhecida genericamente está extinta, em concreto, com respeito àquele autor individualizado. Diversamente, parece inviável que a liquidação 'residual' de que trata o art. 100 do CDC venha a ter idêntico desfecho, pois seria contrariar o próprio decreto condenatório, que teve como premissa inafastável a existência de danos, ainda que de forma indivisível”.

Há, segundo esse entendimento, uma distinção:

- a) a liquidação coletiva sempre deve ser procedente ou, então, melhor que seja reconhecida a carência;
- b) a liquidação individual pode ser julgada improcedente.

Também é importante analisar a legitimidade para a liquidação. Para isso é importante distinguir: a liquidação e execução em se tratando de direitos difusos e coletivos; a liquidação e execução em se tratando de direitos individuais homogêneos.

No caso de direitos difusos e coletivos, podem promover a liquidação e execução tanto o autor da ação coletiva, quanto os demais co-legitimados mencionados no artigo 5º, da Lei 7.347/85, ou artigo 82, do CDC.

No caso de direitos individuais homogêneos, a liquidação pode ser:

- a) individual (chamada de habilitação): promovida pela vítima dos danos ou, então, por seus sucessores (art. 97 do CDC);
- b) coletiva: promovida por um dos co-legitimados de que trata o artigo 82 do CDC (art. 98 do CDC);

c) residual: quando decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano (art. 100 CDC).

Tratando-se de ação coletiva, a inércia do autor da ação de conhecimento, que não promove a liquidação e/ou a execução, legitima o Ministério Público e os demais co-legitimados a ajuizar a ação. O fundamento é o artigo 15 da Lei 7.347/85.

Todavia, é importante observar que a legitimação do MP e dos demais co-legitimados só ocorre após inércia do autor superior a 60 dias.

Além disso, há uma distinção entre o MP e os demais co-legitimados: o MP está obrigado a promover a liquidação e/ou a execução, ao passo que os demais têm uma faculdade.

A competência para a liquidação está estabelecida no artigo 98, § 2º, I, do CDC.

Regra geral, a liquidação e, conseqüentemente, a execução, deve ocorrer no mesmo juízo onde tramitou a ação condenatória.

Como houve um veto ao parágrafo único do artigo 97 do CDC, há quem entenda que a liquidação e/ou execução não pode ocorrer no foro de domicílio do autor, vítima dos danos e será sempre no juízo onde tramitou a ação condenatória.

Todavia, há quem entenda o contrário, como Flávio Luiz Yarshell³²⁸: “parece mais razoável e adequado ao sistema do CDC o entendimento segundo o qual pode o liquidante promover sua demanda perante o foro de seu domicílio, mesmo que perante o mesmo não tenha tramitado o processo de que resultou o provimento condenatório genérico”.

³²⁸ Observações, cit., p. 163.

A autor³²⁹ fundamenta a sua conclusão: “É que entendimento diverso deixaria sem sentido o disposto no inc. I, § 2º, do art. 98 do CDC, que fixa como competente para o processo de execução o juízo da liquidação da sentença *ou* da ação condenatória. De outra parte, não se pode deixar de considerar que o objeto do conhecimento nessa especial modalidade de liquidação não confere exatamente com o objeto da liquidação tradicional do CPC, de tal sorte que não se pode raciocinar singelamente com a regra do art. 575, II, desse último diploma”.

Nesse sentido também Patricia Miranda Pizzol³³⁰, para quem “a permanência do preceito contido no inciso I do § 2º do art. 98 autoriza, ou melhor, determina, quando interpretado em conjunto com outros dispositivos do CDC, como o inciso VI do art. 6º (é direito do consumidor ‘a efetiva prevenção e reparação de danos’ patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos) e o inciso VIII do mesmo artigo (também é direito do consumidor a ‘facilitação da defesa de seus direitos’), o entendimento no sentido de que é permitido pela lei o ajuizamento da liquidação no foro do domicílio do liquidante”.

A regra da estabilidade da demanda também está presente no momento da liquidação.

Ocorre que o art. 475-G do CPC tem importante regra relacionada à estabilidade da demanda na fase de liquidação: *É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.*

Do ponto de vista subjetivo, a liquidação não pode ser pleiteada em face de pessoa estranha à fase de conhecimento.

³²⁹ Observações, cit., p.164.

³³⁰ *Liquidação*, cit., p. 193.

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o agravo regimental no recurso especial n. 926.608/RS³³¹, que o sindicato tem legitimidade para pleitear a liquidação e a execução de sentença em ação coletiva:

“AÇÃO COLETIVA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA PELO SINDICATO. POSSIBILIDADE.

I - As entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo na defesa dos direitos dos seus filiados, inclusive para propor a liquidação e a execução de sentença proferida em sede de ação coletiva na qual atuaram como substitutos processuais.

Precedentes: REsp. n. 637.837/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28/03/2005; REsp. n. 487.202/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 24/05/2004 e AgRg no AgRg no REsp. n. 794.019/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 31/08/2006.

II - Agravo regimental improvido”.

Ao julgar o recurso especial n. 487.202/RJ³³², em que foi relator o Ministro Teori Albino Zavascki, ainda consignou que “a individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria (ação de cumprimento da sentença

³³¹ Relator Ministro Francisco Falcão. Julgamento ocorrido em 19/06/2007 e publicado no DJ de 02.08.2007, p. 423.

³³² Julgamento ocorrido no dia 06/05/2004 e publicado no DJ do dia 24.05.2004, p. 164.

condenatória genérica), a ser promovida pelos interessados, ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação”. Por isso, ainda segundo o acórdão, “em se tratando de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, que visa a uma sentença condenatória genérica, a prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual deverá ser produzida por ocasião da ação de cumprimento, oportunidade em que se fará o exame das situações particulares dos substituídos, visando a identificar e mensurar cada um dos direitos subjetivos genericamente reconhecidos na sentença de procedência”.

Todavia, não pode a liquidação ser pleiteada em face de pessoa jurídica diversa daquela que figurou na fase de conhecimento.

Ao julgar o recurso especial n. 462.847/RS³³³, o STJ entendeu que não pode a liquidação ser pleiteada em face do INSS se a ação tramitou em face da União:

“RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UNIÃO. REAJUSTE DE 28,86%. CONDENAÇÃO GENÉRICA. LIQUIDAÇÃO PROPOSTA PELO SERVIDOR. INSS. PÓLO PASSIVO. ILEGITIMIDADE.

I- A Autarquia federal não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da liquidação e execução de sentença genérica, em ação civil pública, proferida contra União, na qual se objetivava o pagamento do reajuste de 28,86%, porquanto, por ser pessoa jurídica

³³³ Relator Ministro Felix Fischer. Julgamento ocorrido no dia 10/10/2006 e publicado no DJ do dia 30.10.2006, p. 372.

distinta da União, possui autonomia administrativa e financeira.

II- O efeito *erga omnes* previsto no art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985, não vai ao ponto de comprometer a situação jurídica de terceiro que não participou do pólo passivo da relação processual (art. 472, do CPC).

Recurso especial provido”.

Do ponto de vista objetivo, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial n. 756.885/RJ³³⁴, consignou que “não é lícito incluir na condenação, em sede de liquidação, valores não postulados na inicial e não mencionados na sentença liquidanda”.

Portanto, a regra da estabilidade da demanda incide na fase de liquidação das ações coletivas.

A peculiaridade em relação às ações individuais está no rol de legitimados a pleitear a liquidação, bem como nas discussões acerca da maior amplitude fática que pode ser discutida na liquidação, tendo em vista a necessidade, na fase de liquidação, de individualização das situações particulares.

3.5. Estabilidade na fase executória

O princípio da estabilidade da demanda não se aplica somente na fase de conhecimento.

³³⁴ Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgamento ocorrido no dia 14/08/2007 e publicado no DJ do dia 17.09.2007, p. 255.

Em tempos de ações sincréticas, a regra da estabilidade e as flexibilizações também ocorrem na fase executória. Vejamos alguns dos principais pontos.

3.5.1. A atuação judicial de ofício e a relativização do princípio da demanda

Uma das mais importantes relativizações à regra da estabilidade da demanda surgiu na execução.

Trata-se da outorga legal que permite ao juiz, de ofício, fixar a multa diária como forma de coerção ao adimplemento das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A).

O art. 461, § 4º, estabelece que o juiz poderá, no momento da efetivação de medida antecipatória ou de medida definitiva, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor. Pode o magistrado, ainda, por força do § 5º do mesmo dispositivo legal, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao adimplemento.

Por sua vez, tal regime de ação oficial se aplica, por força do § 3º do art. 461-A, à efetivação de obrigação de entrega de coisa.

Dispõe o juiz, portanto, de amplos poderes de efetivação da tutela.

E como constou do julgamento do recurso especial n. 663.774/PR³³⁵, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, “na tutela das obrigações de fazer e de não fazer do art. 461 do CPC, concedeu-se ao juiz a faculdade de exarar decisões de eficácia auto-executiva, caracterizadas por um procedimento híbrido no

³³⁵ Julgamento ocorrido no dia 26/10/2006 e publicado no DJ do dia 20.11.2006, p. 301.

qual o juiz, prescindindo da instauração do processo de execução e formação de nova relação jurídico-processual, exercita, em processo único, as funções cognitiva e executiva, dizendo o direito e satisfazendo o autor no plano dos fatos”.

3.5.2. O estabelecimento de um rol exemplificativo de medidas executivas

Em relação à efetivação das decisões que impõem obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, o legislador também optou por flexibilizar o rol de providências que podem ser tomadas pelo julgador.

A flexibilização se deu em função da necessidade de uma tutela jurisdicional executiva mais efetiva.

Na execução, portanto, a quebra da rigidez do rol de medidas executórias, bem como o aumento dos poderes do magistrado foram os mecanismos preferenciais na busca de maior efetividade.

Ocorre que podem ser empregadas, na efetivação da tutela específica, as medidas de apoio dos §§ 4º e 5º do art. 461, enumeradas exemplificativamente.

Afinal, o Código de Processo Civil permite o emprego das medidas necessárias, sem elencá-las de forma exaustiva. As medidas de apoio podem ter caráter sub-rogatório (substitutivo) ou coercitivo, pois através do emprego das medidas o Estado pode tentar captar a vontade do devedor, para que ele próprio cumpra a obrigação (execução indireta), bem como pode o Estado empregar uma medida substitutiva, efetivando a obrigação no lugar do devedor.

No art. 461, § 5º, o Código arrola algumas das medidas a serem utilizadas pelo magistrado: imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas, remoção de coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva e requisição de força policial.

Portanto, ao contrário do que ocorre no caso de execução por quantia, o juiz pode empregar medidas de apoio atípicas na efetivação das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa.

Daí porque é importante definir os parâmetros a serem observados na adoção das medidas de apoio.

Eduardo Talamini³³⁶ tem importante lição sobre o tema: “As providências adotadas devem guardar relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário”.

Kazuo Watanabe³³⁷, de outro lado, enaltece o poder dado ao magistrado de empregar provimentos mandamentais ou executivos: “Através do provimento mandamental é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração do crime de desobediência, portanto mediante imposição de medida coercitiva indireta. Isto, evidentemente, sem prejuízo da execução específica, que pode ser alcançada através de meios de atuação que sejam adequados e juridicamente possíveis, e que não se limitam ao pobre elenco que tem sido admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo lato sensu, permitindo este último que os atos de execução do comando judicial sejam

³³⁶ *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 265.

³³⁷ “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.

postos em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução”.

3.5.3. A busca do resultado prático equivalente como forma de flexibilizar a tutela executiva

Outra grande flexibilização da tutela executiva ocorreu quando o legislador conferiu ao magistrado o poder de buscar, na impossibilidade do adimplemento específico, um resultado prático equivalente.

Ocorre que o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor disciplinou a ação para a tutela das obrigações de fazer e de não fazer, oportunidade em que se conferiu ao magistrado o poder de buscar o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer de forma específica ou, então, no caso de impossibilidade, de determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento específico.

Referida regra acabou por ser introduzida no Código de Processo Civil. Inicialmente, em relação às obrigações de fazer e de não fazer (art. 461 do CPC). Posteriormente, a regra foi estendida às obrigações de entrega de coisa (art. 461-A).

Para a obtenção do resultado específico ou, então, de um resultado equivalente, pode o juiz lançar mão das chamadas *medidas de apoio*, enumeradas exemplificativamente no parágrafo quinto do citado art. 84.

Vale frisar que as medidas de apoio podem ser utilizadas na busca de um resultado prático equivalente, ainda que haja decisão transitada em julgado impondo outra medida.

Deve prevalecer, no caso, o comando da sentença, mas com a flexibilidade na escolha do meio pelo qual vai ser efetivado o comando.

Portanto, o legislador dotou o juiz do poder de inovar no momento da efetivação da tutela e de determinar medidas que não foram discutidas na fase de conhecimento do processo, que não foram pedidas inicialmente pelo autor e, também, não foram determinadas na sentença.

Cândido Dinamarco³³⁸ comenta a alteração operada pelo legislador, falando em *legítima transgressão* ao dogma da coisa julgada material: "Há no art. 461 do Código de Processo Civil e em seus parágrafos transgressões a dois dogmas instalados muito solidamente no sistema do processo civil moderno, que são (a) o da necessária correção entre a sentença e a demanda e (b) a do exaurimento da competência do juiz a partir do momento em que publica a sentença de mérito.

A primeira transgressão presente no caput do art. 461 consiste em permitir que, em caso de persistir a situação de inadimplemento depois de dada a sentença e tornar-se eficaz (trânsito em julgado ou interposição de recurso sem efeito suspensivo), o juiz inove no processo, alterando o decisum sentencial para impor a nova medida. A prevalecer o disposto no art. 463 do Código de Processo Civil, essa providência não seria admissível, porque o juiz teria cumprido e acabado seu ofício jurisdicional e estaria impedido de inovar. Os objetivos da nova técnica legitimam contudo a exceção assim aberta à regra do exaurimento da competência, porque se trata de possibilitar e agilizar o cumprimento da promessa constitucional de oferecer

³³⁸ A reforma do código de processo civil, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 225-226.

tutela jurisdicional plena a quem tiver direito a ela (Const., art. 5º, XXXV), sem as delongas do processo executivo e as notórias possibilidades, que o sistema tradicional oferece, para as chicanas do mau devedor. O art. 461 ocupa o mesmo nível hierárquico que também o art. 463 ocupa entre as fontes formais do direito, com a consequência de que, sendo posterior a este, derroga-o em relação aos casos que disciplina: a lei especial derroga a geral nos limites das hipóteses excepcionais que regula.

A segunda transgressão também se legitima plenamente. Ela consiste em incluir na sentença, depois de já proferida e quando o réu prosseguir inadimplindo, um novo preceito a ser imposto e que não havia sido pedido na demanda inicial (tais são as providências destinadas a produzir efeito equivalente ao adimplemento). É mais do que razoável, também para efetividade da promessa constitucional de tutela jurisdicional e acesso à justiça, superar a regra da correlação entre a sentença e a demanda (arts. 128 e 460), com vista à efetividade dessa tutela”.

Kazuo Watanabe³³⁹ também enaltece a *transgressão*: “Dentre os vários meios de execução possíveis, certamente as medidas de sub-rogação de uma obrigação em outra de tipo diferente são bastante eficazes. Bem se percebe que não estamos falando de sub-rogação comum, que é a conversão da obrigação de fazer ou não fazer descumprida em perdas e danos. E sim de sub-rogação propiciadora da execução específica da obrigação de fazer ou não fazer ou a obtenção do resultado prático-jurídico equivalente.

Pensemos, por exemplo, no dever legal de não poluir (obrigação de não fazer). Descumprida, poderá a obrigação de não fazer ser sub-rogada em obrigação de fazer (v. g., colocação de

³³⁹ *Tutela antecipatória*, cit., p. 44-45.

filtro, construção de um sistema de tratamento de efluente etc.), e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ela ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de cessar a atividade nociva. A execução desta última obrigação pode ser alcançada coativamente, inclusive através de atos executivos determinados pelo juiz e atuados por seus auxiliares, inclusive com a requisição, se necessário, de força policial (§ 5º do art. 461). São meios sub-rogatórios que o juiz deverá adotar enquanto for possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, em cumprimento ao mandamento contido no § 1º do art. 461. Para isto, o juiz usará do poder discricionário que a lei lhe concede (fala o § 5º do art. 461 em determinação de ‘medidas necessárias’ para a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente). A discricionariedade deve ser bem entendida. Não se trata de adoção arbitrária de qualquer medida, e sim apenas de medidas adequadas e necessárias (eis o parâmetro legal) à tutela específica da obrigação ou à obtenção do resultado equivalente”.

Em qualquer caso, é importante que o magistrado assegure as regras do devido processo legal, como recomenda Eduardo Talamini³⁴⁰: “Sempre que possível, o juiz ouvirá previamente as partes, ainda que fixando prazo breve para tal manifestação. A observância do contraditório prévio à adoção das medidas atípicas só será afastada nos casos de efetivação da tutela antecipada, em que houver urgência”.

Sem dúvida, as flexibilizações determinadas pelo legislador, embora comprometam as regras de estabilidade da demanda, permitem uma prestação jurisdicional muito mais célere e efetiva.

³⁴⁰ *Tutela relativa*, cit., p. 267.

3.5.4. A flexibilização da regra de competência para a fase executória

Até o advento da Lei n. 11.232/2005, a execução, fundada em título judicial, era de competência absoluta do juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição.

Quando da regulamentação do *cumprimento da sentença*, porém, o legislador relativizou a regra da competência, novamente em busca de maior efetividade. O art. 475-P manteve a disposição segundo a qual o cumprimento da sentença efetuar-se-á perante o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição.

Todavia, o parágrafo único do mencionado dispositivo legal estabelece que *o exeqüente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem*.

Portanto, nova relativização em busca de efetividade: o cumprimento da sentença pode tramitar em foro diverso daquele onde tramitou a ação na fase de conhecimento.

Em conclusão podemos dizer que a busca de efetividade da prestação jurisdicional impõe a convivência de flexibilizações com regras de estabilidade.

3.6. (In)Congruência na tutela de urgência

Com já foi visto anteriormente, a tutela jurisdicional comporta diversas classificações. Por força da redação do dispositivo constitucional que garante o acesso à jurisdição (CF,

art. 5º, XXXV), a doutrina tem ressaltado a possibilidade de se classificar a tutela jurisdicional em tutela reparatória (ressarcitória), de um lado, e tutela preventiva de outro.

Cassio Scarpinella Bueno³⁴¹ ressalta a importância da tutela preventiva: “‘Tutela reparatória’ no sentido costumeiro de ‘reparar’ a lesão, tentar repor as coisas ao estado anterior, na medida das possibilidades ou, de forma mais prática mas não menos correta, ‘correr atrás do prejuízo’, e ‘tutela preventiva ou de urgência’ no sentido de evitar, a todo custo, a lesão, imunizando a ameaça, evitando que ela, ameaça, transforme-se em lesão. Seja porque, uma vez lesionado o direito, é impossível voltar ao *status quo ante* ou, até mesmo, apagar os efeitos que essa lesão tenha gerado, seja porque não é desejável, não é justo, que ocorra a lesão, não obstante seja possível o retorno ao *status quo ante*”.

A garantia constitucional de acesso à jurisdição também fundamenta a tutela provisória de urgência, que se contrapõe à tutela jurisdicional definitiva.

José Roberto dos Santos Bedaque³⁴² afirma a existência da tutela jurisdicional provisória, sumária e de urgência, sustentando, também, que os provimentos antecipatórios e conservativos “pertencem à mesma categoria de provimentos sumários, instrumentais e provisórios”.

Cândido Dinamarco³⁴³ também se manifesta de forma favorável à existência de uma tutela jurisdicional de urgência: “Cautelares e antecipatórias são as duas faces de uma moeda só,

³⁴¹ *Tutela antecipada*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

³⁴² *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 159.

³⁴³ *Nova era do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49.

elas são dois irmãos gêmeos ligados por um veio comum que é o empenho em neutralizar os males do tempo-inimigo”.

A importância da tutela de urgência em ação coletiva foi bem destacada no acórdão proferido no julgamento do agravo regimental na medida cautelar n. 8.600/MG³⁴⁴, em que foi relator o Ministro José Delgado:

“PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO *FUMUS BONI JURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*.

1. Agravo regimental contra decisão que indeferiu provimento liminar na presente medida cautelar ofertada pelo agravante para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial admitido.

2. O acórdão *a quo* deferiu pedido de antecipação de tutela para proibir, em ação civil coletiva ajuizada, a requerente de suspender o fornecimento de energia elétrica a seus consumidores inadimplentes.

3. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera pars*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. Portanto, o poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade

³⁴⁴ Julgamento ocorrido no dia 28/09/2004 e publicado no DJ do dia 29.11.2004, p. 223.

primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida.

4. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

5. Inexistência da fumaça do bom direito (reiteradas decisões desta Corte confirmam a tese abraçada em tal situação pela decisão do Tribunal *a quo*) e do *periculum in mora* (ao contrário, o efeito pretendido causará prejuízos irreparáveis e incalculáveis aos consumidores).

6. Agravo regimental não provido.

Uma das mais evidentes características da tutela de urgência é a sua fungibilidade, isto é, a relativização da regra que impõe ao magistrado a vinculação ao pedido do autor.

A fungibilidade, no direito processual cautelar, indica a desvinculação do magistrado à providência solicitada pelo requerente da medida.

Por isso, o fato do requerente pleitear determinada providência cautelar, em vez de outra, não obstará a que o juiz

conheça do pedido e outorgue a proteção legal que for mais adequada.

Não há dúvida, portanto, que a fungibilidade minimiza a regra da vinculação do juiz ao pedido, conferindo ao magistrado maior poder para determinar a providência mais adequada ao caso concreto.

Como já tivemos oportunidade de destacar³⁴⁵, “para a justiça das decisões a fungibilidade é regra extremamente importante, embora, de certo modo, comprometa a segurança jurídica das partes, que podem ser surpreendidas pela iniciativa do magistrado em determinar uma providência não solicitada por elas. No processo cautelar, contudo, onde não haverá decisão definitiva, melhor que o juiz não esteja totalmente jungido ao pedido da parte e tenha o poder de determinar uma providência mais adequada para eliminar ou minimizar o *periculum in mora*”.

E como acentua Marcelo Lima Guerra³⁴⁶, “é predominante o entendimento de que o art. 798 autoriza o juiz não apenas a conceder medidas cautelares não previstas no CPC, mas também a conceder medidas diversas daquelas que sejam solicitadas, desde que revelem mais adequadas ao caso sub exame”.

Prova de que a fungibilidade é característica típica e inerente à tutela de urgência é o fato de que também está prevista no caso da tutela antecipatória. Com efeito, o § 7º do art. 273 do CPC estabelece: *Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.*

³⁴⁵ Curso, cit., v. 3, p. 18.

³⁴⁶ Estudos sobre o processo cautelar, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29.

Portanto, a fungibilidade também existe entre providências cautelares e antecipatórias.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial n. 627.759/MG³⁴⁷, fez constar do acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, em relação ao poder geral de cautela e a fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias, que “o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere poder ao juiz para deferir providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela”.

Cândido Dinamarco³⁴⁸ ensina, sobre a fungibilidade, ao comentar o § 7º do art. 273, que “o novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um”.

No julgamento do recurso especial n. 909.478/GO³⁴⁹, a relatora Ministra Nancy Andrighi exaltou a necessidade de que o rol das providências cautelares deve ser interpretado “sob enfoque ampliativo, sistemático e lógico, de sorte a contemplar outras hipóteses que não somente as expressamente previstas no dispositivo legal”. Sobre a fungibilidade, proferiu importantíssima

³⁴⁷ Julgamento ocorrido no dia 25/04/2006 e publicado no DJ do dia 08.05.2006, p. 198.

³⁴⁸ *A reforma da reforma*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92.

³⁴⁹ Julgamento ocorrido no dia 09/08/2007 e publicado no DJ do dia 27.08.2007, p. 249.

lição: “O erro na indicação da medida cautelar não pode levar o Poder Judiciário a simplesmente afirmar que o expediente jurídico é inadequado. Cabe ao juiz, com base na fungibilidade das medidas cautelares, processar o pedido da forma que se mostrar mais apropriada”.

Por sua vez, ao julgar o recurso especial n. 202.740/PB³⁵⁰, o relator Ministro Castro Filho entendeu que a fungibilidade “se justifica em atendimento ao princípio da economia processual, haja vista que nem sempre é fácil distinguir se o que o autor pretende é tutela antecipada ou medida cautelar, conceitos que não podem ser tratados como sendo absolutamente distintos. Trata-se, diversamente, de duas categorias pertencentes a um só gênero, o das medidas urgentes”.

3.6.1. A flexibilização no momento de efetivar a tutela antecipada

O pedido de antecipação de tutela veicula duas pretensões: a de obter a decisão favorável à antecipação e, em seguida, de ver efetivada essa decisão.

O § 3º do art. 273, com redação dada pela Lei n. 10.444/2002, determina que a efetivação da tutela antecipada observe a natureza da obrigação imposta, isto é, para cada tipo de obrigação (pagar quantia, fazer, não fazer ou entrega de coisa) haverá um tipo de técnica processual adequada.

Ou seja, as técnicas de efetivação devem se adaptar à natureza da obrigação.

³⁵⁰ Julgamento ocorrido em 25/05/2004 e publicado no DJ do dia 07.06.2004, p. 215.

Por isso, pode-se dizer que os mecanismos de *efetivação* das decisões judiciais são flexíveis.

A efetivação da decisão judicial não depende da formação de nova relação processual.

A partir da Lei n. 11.232/2005, o Judiciário, em regra, concretiza suas decisões sem a necessidade de instauração de uma nova relação processual, isto é, sem a necessidade de nova petição inicial, citação, enfim, sem a necessidade de instaurar novo processo.

Portanto, a decisão que concede a antecipação da tutela jurisdicional, fundada no art. 273 do CPC, comporta realização imediata. Isto é, a decisão interlocutória que antecipa a tutela jurisdicional não é sentença e, não obstante, pode dar ensejo à execução, mais especificamente, execução provisória (veja que o art. 273, § 3º, manda aplicar, quando da efetivação da tutela antecipada, o art. 588, que se refere à execução provisória – a partir da entrada em vigor da Lei n. 11.232/2005 será aplicado o art. 475-O, que substituirá o art. 588).

A efetivação da tutela antecipada deve observar uma grande regra: o § 3º do art. 273 do CPC remete a efetivação da tutela a alguns dispositivos legais, como os artigos 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. Todavia, o juiz não está preso a nenhum modelo de forma rígida. Tanto que resta consignado, expressamente, que o juiz observará os dispositivos legais, naquilo que couber e em função da natureza da obrigação a ser efetivada.

Portanto, fundamental a advertência de Cassio Scarpinella Bueno³⁵¹: “O modelo de *efetivação* da tutela antecipada acaba

³⁵¹ *Tutela antecipada*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123.

sendo moldado e criado a partir do *modelo constitucional do processo civil*, que, para bem realizar o princípio constante do art. 5º, XXXV e LXXVIII, autoriza uma verdadeira e radical flexibilização da *letra* da lei. Se a *efetivação* da tutela antecipada pode ser feita 'conforme sua natureza', nos casos de urgência é mais do que legítima, sob pena de as ameaças não serem devidamente imunizadas pelo Judiciário, a determinação de práticas de atos igualmente urgentes em prol da *satisfação* do direito já reconhecido".

No mesmo sentido Eduardo Costa³⁵²: "A necessidade de sanção de uma situação de perigo não pode aprazer-se meramente da instauração de um procedimento de execução por quantia certa contra devedor solvente. A pretensão à satisfação urgente para a sanção de perigo de dano irreparável não pode regozijar-se da instauração de um procedimento de execução provisória, que sujeite o demandante à extração de carta de sentença, à intimação para o recolhimento das custas judiciais, às autuações, à intimação para prestação de caução idônea, à expedição e ao cumprimento do mandado executivo, à abertura de prazos, à oportunidade para o acatamento voluntário da determinação judicial, à penhora e a seus incidentes (no caso especial de pagamento de somas), à intimação dos atos processuais pela morosa publicação em diário de justiça etc. (...). Definitivamente, a presença incômoda do perigo de *damnum irreparabile mora* incute a necessidade de deturpações sumarizantes do procedimento executivo *stricto sensu*".

Resta ao juiz, pois, agir de forma ativa na efetivação da decisão antecipatória.

³⁵² "A efetivação das liminares antecipatórias nas ações condenatórias monetárias", in Revista Tributária n. 54, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-fevereiro de 2004, p. 191.

Nos casos de urgência (art. 273, I), a efetivação deve ser feita da forma mais célere possível, com as pertinentes modificações ao procedimento executório.

Cassio Scarpinella Bueno³⁵³, com a argúcia de sempre, observa: “O ‘no que couber’ legitima o magistrado, consoante as necessidades de cada caso concreto, a moldar o ‘modelo executivo’ que lhe pareça o mais apropriado, o mais célere, o mais ágil para atingir o desiderato que motiva a antecipação da tutela”.

Cita o autor³⁵⁴ o seguinte exemplo: “Em vez de ‘pagar em 15 dias, sob pena de multa e penhora de bens suficientes’, o ‘no que couber’, em situação de emergência, legitima o magistrado a, verdadeiramente, *abreviar* o *iter* executivo visando à mais ampla satisfação do credor no menor *tempo* possível. Determinará, por exemplo, que o valor devido seja pago em menor tempo que aquele, para a normalidade dos casos, indicado pelo legislador; a realização de um só leilão ou prazo, a divulgação de sua realização por meios eletrônicos (o que, de resto, encontra atualmente apoio no parágrafo único do art. 154); o levantamento do dinheiro depositado pelo arrematante sem necessidade de caução, mesmo ao arrepio da *letra* (da *estática*) do § 2º do art. 475-O e assim por diante”.

No caso de obrigação por quantia, a efetivação pode ser feita pela técnica da execução provisória, atualmente regida pelo art. 475-O.

Todavia, nem sempre o juiz deverá efetivar esse tipo de obrigação pela técnica da execução provisória, uma vez que pode haver absoluta incompatibilidade com a situação de urgência.

³⁵³ *Tutela antecipada*, cit., p. 119.

³⁵⁴ *Tutela antecipada*, cit., p. 120.

Como adverte Cassio Scarpinella Bueno³⁵⁵, em muitas situações é imprescindível que o juiz do caso, “forte na locução ‘conforme sua natureza’, crie, ele mesmo, um modelo de concretização da tutela antecipada *totalmente* divorciado do modelo ‘condenação/execução’ representado na petição inicial que lhe foi entregue, porque se trata de uma situação de *urgência* a reclamar, correlatamente, um sistema de concretização mais eficaz, mais célere, mais ágil, mais tudo, um sistema que definitivamente possa ter aptidão para dar algum grau de satisfação (de resposta) à pretensão do autor na exata medida de suas *necessidades concretas*”.

Não há, no caso, violação ao princípio da congruência, como adverte, mais uma vez, Cassio Scarpinella Bueno³⁵⁶: “Não se trata, aqui, de julgar ou decidir *extra petita*. Isso é coisa antiga em processo civil, e vale a pena, a propósito, destacar que é fundamental, depois das profundas reformas pelas quais o CPC tem passado nos últimos 12 anos, pensar se alguns ‘dogmas’ do processo não precisariam ser revistos ou, quando menos, que eles, os tais ‘dogmas’, sejam entendidos nos devidos contextos de sua formulação histórica. O juiz decidiu o que lhe pedira e isto é o que basta para que sua decisão não seja *extra petita*”.

Por isso que o autor³⁵⁷ é categórico: “Em vez de ‘pagar em 15 dias, sob pena de multa e penhora de bens suficientes’, o ‘no que couber’, em situação de emergência, legitima o magistrado a, verdadeiramente, *abreviar* o *iter* executivo visando à mais ampla satisfação do credor no menor *tempo* possível. Determinará, por exemplo, que o valor devido seja pago em menor tempo que

³⁵⁵ *Tutela antecipada*, cit., p. 122.

³⁵⁶ *Tutela antecipada*, cit., p. 123.

³⁵⁷ *Tutela antecipada*, cit., p. 120.

aquele, para a normalidade dos casos, indicado pelo legislador; a realização de um só leilão ou prazo, a divulgação de sua realização por meios eletrônicos (o que, de resto, encontra atualmente apoio no parágrafo único do art. 154); o levantamento do dinheiro depositado pelo arrematante sem necessidade de caução, mesmo ao arrepio da *letra* (da *estática*) do § 2º do art. 475-O e assim por diante”.

As peculiaridades do caso concreto, portanto, vão ser decisivos para a definição dos meios executórios a serem adotados.

O grande parâmetro a ser considerado é a questão da urgência. Se não houver urgência, pode ser adotado o modelo padrão do art. 475-O.

Incide, no caso, a multa de dez por cento prevista no art. 475-J do CPC se o devedor, intimado da decisão antecipatória de tutela, não efetuar o prazo de quinze dias.

Nada impede, também, se for o caso, a expedição de mandado de penhora e avaliação.

Por serem pertinentes com a tutela antecipada, deve o juiz, também, lançar mão das providências eletrônicas, realizáveis por meio do Sistema de Atendimento às Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil, isto é, sistema para envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional via rede mundial de computadores (Sistema BACEN JUD). Para maiores detalhes, consulte o volume 2 do *Curso*, item 5.13.

Por isso, fundamentado no art. 655-A do CPC, o juiz, a requerimento do demandante, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico,

informações sobre a existência de ativos em nome do executado, isto é, de depósitos no sistema financeiro.

Tal providência antecede a determinação de indisponibilidade e a penhora. O objetivo é certificar-se da existência ou não de depósito ou aplicação financeira em nome do executado.

O modelo, portanto, não é rígido. Aliás, não poderia ser diferente, pois a tutela antecipada é uma tutela diferenciada. E a diferenciação não pode ter outra consequência que não a possibilidade de *desviar-se do modelo padrão*.

Defendemos que deve ser possível, em casos de urgência, até mesmo a antecipação contra a Fazenda Pública.

Baseada na conclusão de que o rol de medidas de apoio do art. 461, § 5º do CPC é exemplificativo, de modo que o juiz pode, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas mais adequadas ao caso, ainda que não especificadas pelo legislador, nossa jurisprudência, com enorme acerto, tem admitido, em casos excepcionais, o seqüestro ou bloqueio de rendas públicas.

Tal postura tem sido comum no caso de verba necessária à aquisição dos medicamentos, considerando-se os valores em conflito e a necessidade de tutela jurisdicional de urgência nesse caso.

A conclusão da jurisprudência é, pois, no sentido de ser lícito ao juiz, analisadas as peculiaridades do caso concreto, sobretudo quando houver risco de grave lesão, especialmente à saúde, determinar o bloqueio ou o seqüestro de rendas públicas.

Importante a transcrição do AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 845.293 - RS (2006/0276995-4), em que foi relator o Ministro Luiz Fux³⁵⁸:

"INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 557, DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR RESPALDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL A QUE PERTENCE. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVA. NOVEL ENENDIMENTO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMAS DO STJ.

A obrigação de fazer que encerra prestação de fornecer medicamentos admite como meio de sub-rogação, visando adimplemento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor do ente estatal, bloqueio ou seqüestro de verbas depositadas em conta corrente.

Isto por que, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.

³⁵⁸ DJ 19.04.2007, p. 411.

Depreende-se do art. 461, § 5º do CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como 'imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial', não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objetos da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante".

No julgamento do recurso especial n. 848.588/RS, em que foi relator o Ministro Humberto Martins³⁵⁹, argumentou-se que o seqüestro fere o princípio da legalidade, considerando-se as características da inalienabilidade, imprescritibilidade,

³⁵⁹ DJ 13/04/07, p. 499.

impenhorabilidade e impossibilidade de oneração dos bens públicos. Todavia, a conclusão foi a seguinte:

“RECURSO ESPECIAL - FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - ART. 535, II, DO CPC - OFENSA NÃO RECONHECIDA - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º DO CPC - PRECEDENTES - SEGUIMENTO NEGADO AO RECURSO.

Ainda constou do acórdão:

“A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.

Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.

Por seu turno, o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, uma vez tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a

requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica.

Neste sentido, manifestou a Primeira Seção em casos com o dos autos:

‘PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO’. EREsp 787101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006)’.

Outro acórdão que precisa ser reproduzido foi proferido no julgamento do recurso especial n. 827.133, em que foi relator o Ministro Teori Albino Zavascki³⁶⁰:

“PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, § 3º E 461, § 5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS

³⁶⁰ DJ 29.5.2005.

CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA.
PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À
SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO
ESTADO.

1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461-A do CPC. Precedentes.

2. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio, que não prevê, salvo excepcionalmente (v. g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.

3. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.

4. Recurso especial a que se dá provimento”.

Sobre a possibilidade de fixação de astreintes contra a Fazenda Pública, oportuno o acórdão proferido no julgamento do recurso especial n. 796.509, em que foi relator o Ministro Francisco Peçanha Martins³⁶¹:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ASTREINTES. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. CABIMENTO. ART. 461, § 5º, DO CPC.

É possível ao magistrado cominar multa diária em desfavor da Fazenda Pública em caso de eventual descumprimento de obrigação de fazer. É permitido ao julgador, segundo dicção do art. 461, § 5º, do CPC, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável. Precedentes. Recurso conhecido e provido”.

Portanto, a quebra da regra da congruência na tutela antecipada é fator decisivo para a efetividade da tutela jurisdicional.

³⁶¹ DJ 24.3.2006.

3.6.2. Tutela de urgência e congruência

Após exaltar a importância da fungibilidade para a tutela de urgência, bem como a imprescindibilidade das regras que flexibilizaram a efetivação da tutela antecipada, é o momento de exaltar a importância da regra da congruência na tutela de urgência.

Ocorre que o juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (art. 273, *caput*, do CPC). Ou seja, não pode o juiz, a título de antecipação, determinar providência que não se relacione com os pedidos principais. Nesse caso haveria violação à regra da congruência.

O tema foi tratado com brilhantismo pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial n. 694.251/AM³⁶²:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DECISÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LIMITES. EFEITOS. VINCULAÇÃO AO PEDIDO FINAL. CONGRUÊNCIA. PROVIMENTO DEFINITIVO.

1 - Os efeitos da decisão que defere o pedido de antecipação de tutela devem ser aqueles constantes do conteúdo do dispositivo de uma eventual sentença de procedência da ação.

2 - Os efeitos da decisão antecipatória não podem ir além do que se pretende obter em definitivo, ou seja, além do pedido final formulado pelo autor da demanda.

³⁶² Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento ocorrido no dia 16/12/2004 e publicado no DJ do dia 14.03.2005, p. 382.

3 - Recurso especial conhecido e provido”.

Como se vê, a efetividade da tutela jurisdicional depende da compatibilização do princípio da estabilidade e da regra da congruência com a flexibilização.

Capítulo 4

Conclusões

Há uma série de princípios constitucionais referentes ao processo civil, sendo que o principal de todos é o devido processo legal, que impõe ao processo exigências sem as quais não haveria a garantia de uma prestação jurisdicional justa e adequada.

Importante ter a consciência de que os princípios têm eficácia plena, imediata e são dotados de caráter normativo.

Muitos princípios já foram estudados pela doutrina, em obras coletivas, em monografias, nos cursos e manuais de processo civil. Estão presentes na jurisprudência e são bem conhecidos de todos os operadores do direito.

Todavia, o princípio da estabilidade da demanda ainda é pouco comentado, embora também seja integrante das garantias decorrentes do devido processo legal. Incide tanto na jurisdição individual, quanto na coletiva.

O estudo do princípio da estabilidade da demanda, aplicado à jurisdição coletiva, revela que ele, somado à regra da congruência, e com os temperamentos decorrentes das exigências da flexibilização da tutela jurisdicional, é decisivo para a realização da exigência da efetividade da tutela coletiva.

A doutrina, de uma forma geral, não tem afirmado a existência do princípio da estabilidade da demanda, embora identifique vários aspectos relacionados a ele.

Entendemos, porém, que ele é um dos mais importantes princípios do processo civil brasileiro, uma vez que ele determina que a relação jurídica processual desenvolva-se, em todas as suas fases, sem instabilidades que possam comprometer a efetividade da prestação jurisdicional.

A relação processual deve se estabilizar objetivamente, o que é possível com a proibição da alteração do pedido e da causa de pedir após o saneamento do processo (regra prevista no parágrafo único do art. 264).

Também do ponto de vista subjetivo são imprescindíveis os obstáculos legais que impeçam a alteração dos sujeitos da relação processual, exigência que se estende ao juízo e à pessoa do juiz.

Ocorre que, em regra, devem as partes permanecerem as mesmas até o término do processo; o juízo, em regra, também não pode ser alterado depois da propositura da ação (regra do art. 87 do CPC); mesmo o juiz, por força da identidade física, deve permanecer até o proferimento da sentença, sobretudo aquele que conclui a instrução.

Entendemos que é o princípio da estabilidade da demanda que é decisivo para garantir a necessária congruência da sentença, imposta pelo art. 460 do CPC.

De qualquer forma, importante que referidas regras não sejam consideradas absolutas, sendo louváveis as possibilidades de intervenção de terceiros em relações jurídicas já instauradas, desde que não comprometam a efetividade da tutela, bem como a exigência de que o juiz, no momento de proferir a sentença, possa provocar novas alegações das partes quando houver a incidência de regras jurídicas supervenientes ou quando for importante a

consideração de fato superveniente que possa influir no julgamento da lide.

Nesse contexto, ganha importância o dispositivo legal do art. 462 do CPC, que procura garantir que a sentença seja compatível com a realidade atual dos fatos, sob pena de absoluta ineficácia do provimento jurisdicional.

Certa flexibilização do sistema processual pode garantir uma decisão judicial mais justa e um processo mais adequado à realidade fática. Sobretudo quando se trata da jurisdição coletiva, voltada à tutela dos direitos de *terceira geração*.

A necessidade da tutela dos direitos transindividuais acabou por trazer uma série de transformações no processo civil, fazendo com que nossos tribunais superiores já aceitem a existência de direitos coletivos que devem ser tutelados de forma eficiente porque, além de tudo, alcançaram o *status* de direitos constitucionais.

Assim, atribui-se à *função jurisdicional*, na atualidade, o dever de apreciar as pretensões coletivas que lhe são endereçadas, sobretudo porque as ações coletivas têm como grande virtude a otimização da tutela jurisdicional, o que se dá, sobretudo, com a possibilidade de que a sentença proferida numa única ação possa ter sua eficácia estendida a uma série de pessoas, o que já revela uma *instabilidade subjetiva* no caso de ações coletivas.

A relevância das ações coletivas é tanta que já se aceita, no mundo acadêmico, a existência de um verdadeiro processo coletivo, dotado de regras e princípios próprios.

Nossos tribunais também já estão conscientizados da existência de um microsistema processual coletivo, integrado por

diversas normas, sobretudo pelas Leis n. 7.347/85 e 8.078/90. O Superior Tribunal de Justiça foi além e afirmou a natureza constitucional do referido microssistema.

O próximo passo é a aprovação do Código de Processo Coletivo, cujo anteprojeto já está sendo debatido na comunidade acadêmica.

Pode-se, pois, enunciar a existência do princípio do devido processo coletivo, que, no plano processual, é integrado por diversos princípios.

O princípio da efetividade da tutela coletiva está consagrado no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que admite todas as espécies de ações para viabilizar a adequada e efetiva tutela coletiva.

A efetividade só poderá ser alcançada se o processo coletivo compatibilizar o princípio da estabilidade da demanda e a regra da congruência com certa flexibilização da tutela coletiva.

O principal aspecto da flexibilização está relacionado ao objeto: deve-se reconhecer que as ações coletivas podem ter por objeto qualquer tipo de provimento jurisdicional, ou seja, a ação coletiva pode pleitear um comando condenatório, declaratório, constitutivo, mandamental ou executivo. Sob outro aspecto, também não se pode negar a possibilidade de tutela inibitória coletiva.

A exigência de efetividade, imprescindível para a integral tutela dos direitos e interesses transindividuais, impõe o reconhecimento de que todo tipo de provimento jurisdicional pode ser pleiteado via ação civil pública ou qualquer outra ação coletiva.

Deve-se ter por superada a tese de que a ação civil pública é voltada, apenas, à reparação do dano, considerando a referência do art. 2º da Lei n. 7.347/85 ao foro do local do dano. Igualmente rejeitada deve ser a tese de que a ação civil pública não pode tutelar direitos individuais homogêneos.

Decisões dos tribunais que afirmam que os legitimados concorrentes à ação civil pública não podem pleitear, de forma cumulativa, a pretensão ao de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e ao pagamento de quantia em dinheiro devem ser consideradas inconstitucionais.

A efetividade da tutela coletiva pressupõe que seja admitida a cumulação de diversos pedidos em sede de ação civil pública, ainda que envolvam a imposição de obrigação de fazer e de condenação pecuniária.

A reparação do dano ambiental, por exemplo, pode exigir a imposição de deveres e obrigações de diversas espécies, como condutas positivas e negativas (obrigações de fazer e de não fazer), bem como o eventual pagamento de quantia certa, referente à indenização de danos que sejam insuscetíveis de restauração específica.

A flexibilidade do pedido imediato formulado em ações coletivas é, pois, condição indispensável à efetividade da tutela coletiva.

Assim como é fundamental a possibilidade de mitigar o princípio da inércia da jurisdição para conferir ao magistrado a possibilidade de exercer a função jurisdicional mesmo diante da ausência de iniciativa da parte.

No âmbito da tutela coletiva, é imprescindível que o juiz, mesmo de ofício, determine o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer indispensáveis para a remoção de uma conduta ilícita (tutela inibitória) ou para a remoção do dano (tutela reparatória).

Assim como é fundamental que possa, de ofício, determinar a produção de um resultado prático equivalente ao que seria obtido com o adimplemento em espécie, quando a performance específica demonstrar-se inviável.

Elogiável a evolução jurisprudencial constatada nos últimos anos, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que tem admitido a determinação judicial de bloqueio de verbas públicas como mecanismo de efetivação de obrigações fundamentais do Estado. É o que tem ocorrido, por exemplo, com frequência, nas questões que envolvem violações que colocam em risco o direito à saúde ou à segurança.

A possibilidade de atuação do juiz, de ofício, além do permissivo legal para a imposição das medidas que se fizerem necessárias, que se encontram enumeradas exemplificativamente, privilegiam a efetividade da tutela jurisdicional, embora com justificável relativização do princípio da estabilidade da demanda e da regra da congruência.

Certa flexibilização na exposição da causa de pedir é inerente às ações coletivas. Afinal, nas ações que têm por objeto a tutela de direitos transindividuais os fatos não precisam ser expostos de forma exaustiva, como se exige no âmbito da jurisdição individual.

O próprio legislador estabelece, para a tutela dos direitos individuais homogêneos, que o objetivo da ação é a obtenção de uma sentença condenatória genérica (art. 95 do CDC), evitando a

discussão das situações individuais na fase de conhecimento da demanda, o que poderia inviabilizar ou retardar indevidamente a prestação jurisdicional.

Sensível à necessidade de efetividade, o próprio Superior Tribunal de Justiça já anunciou o corte na cognição que se opera no âmbito da jurisdição coletiva, que impede sejam discutidas as situações particulares de cada membro da entidade demandante.

A eventual pretensão do réu, de trazer à discussão cada uma das situações individuais, pode até ser considerada abusiva quando revelar nítido caráter protelatório.

Outro corte na cognição que é relevante para a efetividade já vem sendo determinado pela jurisprudência de nosso Tribunal Superior: trata-se da orientação que veda a produção da prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual em ação coletiva. Referida prova só pode ser produzida na ação de cumprimento, quando o exame das situações particulares se torna legítimo.

Além da maior fluidez na exposição da causa de pedir remota, nas ações coletivas deve ser permitida maior flexibilidade na alteração, no curso da demanda, da causa de pedir e do próprio pedido.

Somos favoráveis, portanto, ao art. 4º do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, no sentido de que, *nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.*

Além disso, oportuna a regra do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, permitindo, a requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, a alteração do pedido ou da causa de

pedir, desde que seja realizada de boa-fé e não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e ao contraditório.

A adoção de um sistema processual mais flexível é compatível com as peculiaridades da jurisdição coletiva, como demonstrado.

Maior estabilidade só deve ser exigida no caso de ações sumárias comprometidas com uma prestação jurisdicional mais célere. É o que ocorre, por exemplo, na ação de mandado de segurança, onde se mostra legítima a inalterabilidade da demanda após as informações, pois com a inicial e as informações devem ser considerados fixados os pontos controvertidos.

Contudo, a flexibilidade da regra da estabilidade da demanda, pregada no decorrer do trabalho, deve ser analisada com muita cautela no seu aspecto subjetivo.

Ocorre que o ingresso de terceiros, em demandas coletivas, é fator que pode comprometer, decisivamente, a efetividade da prestação jurisdicional, sobretudo pela dilação temporal causada, pela possibilidade de uma *intervenção multitudinária*, bem como pela possibilidade de ser deslocada a ação para outro juízo.

Assim, se a flexibilidade, em certos aspectos, é imprescindível para a efetividade, em outros pode fulminar a celeridade da demanda coletiva.

Daí porque é plenamente justificável a restrição que tem sido proclamada pela jurisprudência em relação às ações coletivas de responsabilização pela prática de danos difusos.

Mesmo no caso da tutela de direitos individuais a lei tem imposto obstáculo à intervenção de terceiros como forma de se privilegiar a celeridade. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito

dos Juizados Especiais Cíveis, onde é proibida toda forma de intervenção de terceiros.

Na jurisdição coletiva algumas situações tornam evidente a necessidade de restrição. Por exemplo, quando se veda a denunciação da lide no caso de relação de consumo (art. 88 do CDC). A eventual provocação da intervenção de terceiros, para chamar ao processo a seguradora, por exemplo, pode prejudicar a tutela material do consumidor.

Da mesma forma não se deve admitir a denunciação da lide ou o chamamento ao processo em demandas ambientais, pois, embora tecnicamente adequadas, a sua admissibilidade pode comprometer a efetividade da tutela coletiva e, em consequência, prejudicar a tutela dos direitos e interesses transindividuais.

Outra restrição legítima se dá no caso da vedação de assistência individual em demandas que discutem direitos difusos. Em regra, muitos são os indivíduos que poderiam demonstrar algum tipo de interesse jurídico nessa demanda. Todavia, como a atual estrutura do processo coletivo garante que esses *terceiros* não serão prejudicados por eventual coisa julgada formada no processo coletivo, impõe-se seja vedado o ingresso.

No processo objetivo de controle de constitucionalidade, regulado, principalmente, pela Lei n. 9.868/99, também não há como permitir a intervenção de terceiros.

Milhares de brasileiros são interessados nas discussões de constitucionalidade ocorridas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como a recente e polêmica questão da eventual inconstitucionalidade de dispositivo da lei de biossegurança.

Nem mesmo os Estados-Membros da Federação têm sido admitidos a intervir no feito.

A legitimidade das decisões, porém, foi preservada com a previsão da intervenção do *amicus curiae*, prevista no § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99.

A atuação do *amicus curiae* na defesa da Constituição Federal, da cidadania e de interesses significativos para toda a sociedade brasileira garante a legitimidade do controle de constitucionalidade.

As regras sobre a mudança de competência, referentes à conexão e continência, também apresentam peculiaridades no âmbito da jurisdição coletiva.

Em ações coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos, o Superior Tribunal de Justiça utiliza como critério, para a reunião ou não das demandas coletivas, verificar se serão atingidas ou não as mesmas partes substituídas processualmente.

De outro lado, para evitar decisões contraditórias, os tribunais têm reconhecido a conexão entre ações propostas por legitimados distintos, mas que representam a mesma parcela da sociedade, como também tem sido reconhecida a conexão entre ações distintas. Com efeito, é comum o reconhecimento da conexão entre ação civil pública e ação popular.

No caso da ação popular, a lei também prevê um juízo universal para todas as ações populares que envolvam as mesmas partes e os mesmos fundamentos. É o que estabelece a Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular), no art. 5º, § 3º. A experiência da ação popular influenciou o legislador para previsão idêntica no caso de ação de improbidade (Lei n. 8.429/92, art. 17, § 5º).

Questão tormentosa, no caso de tutela coletiva, envolve a aplicabilidade do art. 93 do CDC, que determina a competência do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal para os danos de âmbito nacional ou regional.

A discussão principal envolve a aplicabilidade, ou não, do art. 93 a ações coletivas não consumeristas.

Nossa conclusão é no sentido de que a regra do inciso II, do art. 93, do Código de Defesa do Consumidor, só se aplica à tutela de direitos individuais homogêneos, não podendo ser aplicado no caso de direitos difusos e coletivos.

Sobre competência, ainda é importante citar a louvável preocupação dos tribunais com a efetividade da tutela do patrimônio público por meio da ação popular, que culminou com a flexibilização das regras de competência a favor do cidadão. Com efeito, a jurisprudência tem entendido que prevalece o foro do domicílio do autor na definição do foro competente para a ação popular, o que realmente incentiva o cidadão à defesa do patrimônio público.

Também foi decisivo para a efetividade da tutela do patrimônio público o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a ação de improbidade é de natureza civil, sendo de competência, portanto, do juízo cível de primeiro grau de jurisdição.

A conclusão que se extrai é no sentido de que a efetividade da tutela coletiva depende de um equilíbrio entre o princípio da estabilidade da demanda e certa flexibilização. Em alguns aspectos, a estabilidade deve ser mais rígida no caso das ações coletivas; por outro lado, também certas regras devem ser flexibilizadas.

No que se refere à importância da flexibilização, não pode deixar de ser referida a ampliação dos poderes do juiz para quebrar a rigidez das regras referentes ao ônus da prova do processo civil individual.

Enquanto o Código de Processo Civil, no art. 333, dispõe de um sistema rígido e estático em relação ao ônus da prova, na tutela coletiva é possível a inversão das regras tradicionais. A plena efetividade, porém, depende da incidência da técnica da carga probatória dinâmica, que é prevista no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, em seu art. 10, § 1º. Por isso, o juiz deve atribuir o ônus da prova à parte que estiver em melhores condições de provar os fatos, sendo lícito ao julgador, ainda, rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova no curso do processo.

Com a carga probatória fixada de forma dinâmica, o *ativismo* do juiz, tão importante na atualidade, deixa de ser visível apenas no momento do julgamento. A participação ativa do juiz ocorrerá em todas as fases do processo.

De outro lado, a regra da congruência entre o pedido e a sentença deve ser fundamentada no princípio do contraditório, de tal forma que possa ser relativizada sempre que for necessária à maior efetividade da prestação jurisdicional, independentemente do objeto da ação, isto é, da disponibilidade ou indisponibilidade do interesse em discussão.

A *desvinculação* do magistrado, desde que assegurados o contraditório e a ampla defesa, pode ser um ótimo recurso para a efetividade da tutela.

Por isso, que as várias relativizações da regra da congruência que já ocorrem na prática forense são absolutamente legítimas.

Por exemplo, é válida a regra do art. 290 do CPC que autoriza o magistrado a considerar as prestações periódicas incluídas no pedido inicial, independentemente de declaração expressa do autor. Seria absolutamente contrária ao interesse público obrigar o autor a promover nova demanda para exigir prestações periódicas que se venceram no decorrer da demanda.

Outra importantíssima relativização da regra da congruência se deu com o art. 84 do CDC, que autorizou o magistrado, mesmo após decisão definitiva transitada em julgado, conceder ao autor um resultado prático equivalente toda vez que o resultado específico se demonstrar impossível.

Também é importante ter presente que a congruência está relacionada às questões fáticas discutidas no curso do processo, não tendo relação com a correta aplicação das normas legais. No caso das ações coletivas, pode ser citado o exemplo da ação de improbidade. Não há que se falar em incongruência se a sentença judicial enquadrar o ato de improbidade em dispositivo legal diverso do que o invocado na petição inicial.

Em termos de relativização, até o instituto da coisa julgada foi revisitado, com muita justiça, pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência.

No caso, houve ruptura, em busca de maior flexibilidade, com um dos maiores dogmas do processo civil, pois a coisa julgada acabou sendo relativizada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no caso de desapropriações ambientais fraudulentas, bem como no caso de ações de investigação de paternidade.

A coisa julgada, aliás, sempre teve tratamento peculiar no caso das ações coletivas, pois é notória a extensão dos efeitos da coisa julgada para beneficiar as vítimas, extensão *erga omnes* ou

ultra partes, dependendo do interesse em discussão. A *incongruência subjetiva* é fator que caracteriza a tutela coletiva.

Voltando à rigidez, o instituto do reexame necessário merece tratamento restritivo no caso das ações coletivas. De fato, o reexame necessário, nas ações coletivas, tem que ser mais rígido, adaptando-se à exigência de maior efetividade da tutela dos direitos transindividuais.

Por isso, sendo a pessoa jurídica de direito público ré em ações coletivas, não se justifica que o instituto do reexame necessário possa retardar a prestação jurisdicional, em detrimento de interesses superiores aos interesses patrimoniais da Fazenda Pública.

Ultrapassando a fase de conhecimento, a regra da estabilidade atinge a liquidação da sentença, proibindo que seja rediscutida a causa no momento de se apurar o *quantum debeatur*.

Porém, no caso das ações coletivas, a liquidação poderá ser pleiteada por quem não foi parte da demanda na fase cognitiva. Assim, podem as vítimas se habilitar na fase de liquidação e fazer prova do seu dano. Para que viabilizar essa habilitação de quem não foi parte da demanda, o legislador cria regra própria para as demandas coletivas ao permitir a discussão de *factos novos*, relacionados ao nexo causal.

Por isso, na liquidação individual ou coletiva, referente aos direitos individuais homogêneos, cada vítima deverá provar os fatos relacionados aos seus direitos.

Com o ingresso da ação na fase executória, é possível constatar novas relativizações à estabilidade da demanda.

Ocorre que, nessa fase, pode o juiz, de ofício, fixar a multa diária como forma de coerção ao adimplemento das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A).

Além disso, o legislador providenciou a quebra da rigidez do rol de medidas executórias, dando ao juiz o poder de determinar as medidas que sejam necessárias à efetivação. As medidas podem ser buscadas no rol dos §§ 4º e 5º do art. 461. Porém, a enumeração é meramente exemplificativa.

O caráter exemplificativo do rol mostrou-se fundamental à efetividade da tutela coletiva, pois permitiu ao Judiciário impor ao próprio poder público, na tutela de direitos preponderantes aos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, medidas extremamente coercitivas e eficientes, como a determinação de bloqueio de rendas públicas.

No caso da tutela de urgência a relativização também se faz presente para garantir a efetividade.

A incongruência da decisão judicial é permitida por força da incidência do princípio da fungibilidade, de tal forma que o juiz não está adstrito ao pedido formulado pelo requerente, podendo determinar, na avaliação do caso concreto, a medida que se mostrar mais adequada.

Além disso, a efetivação da tutela de urgência é flexível para permitir que o juiz, em função da natureza da obrigação a ser imposta, bem como em função da maior ou menor urgência, possa se utilizar da técnica processual mais adequada.

É fundamental que os mecanismos de *efetivação* sejam flexíveis e possam ser impostas em função das peculiaridades de cada caso.

Não existe, pois, um modelo rígido para a efetivação da tutela antecipada, nem mesmo no caso de antecipação de obrigação de pagar quantia em dinheiro.

Sem essa flexibilização a prestação jurisdicional seria, em muitos casos, inútil.

Impõe-se, pois, o ativismo judicial também em relação às medidas de urgência, para garantir que a efetivação seja feita da forma mais célere possível.

De outro lado, devem ser rejeitadas as opiniões no sentido de que a adoção de medidas inominadas fere o princípio da legalidade. Argumenta-se, por exemplo, que o seqüestro de rendas públicas fere o princípio da legalidade e pode comprometer as características da inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e impossibilidade de oneração dos bens públicos.

O bloqueio de verbas públicas, como medida inominada, não só pode como deve ser determinado para garantir a tutela efetiva do direito à vida ou à saúde.

Portanto, a quebra da regra da congruência pode ser considerada, em muitas situações, como fator decisivo para a efetividade da tutela jurisdicional.

Em conclusão, o ideal para a efetividade é o justo equilíbrio entre a estabilidade da demanda e a flexibilização.

Um sistema processual extremamente rígido não garante a efetividade e a justiça da prestação jurisdicional. De outro lado, também não é possível a absoluta flexibilização do sistema processual, pois haveria sério comprometimento a outros princípios fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa.

As propostas do Anteprojeto do Código de Processo Coletivo, analisadas no decorrer do presente trabalho, de uma forma geral, são extremamente positivas e contribuirão para uma maior flexibilidade do sistema de tutelas coletivas.

Bibliografia

- ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1963, t. I e II.
- ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e outros. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALVIM, Arruda. *Ensaio sobre a litispendência no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.
- _____. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 1.
- _____. Análise das principais inovações do sistema e da estrutura do Código de Processo Civil. *REPRO*, nº 3.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1.
- _____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 1995, 7ª ed., 2000. v. 2.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 2.
- _____ e ALVIM, Thereza. *Código do consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. “Da prescrição intercorrente”, in Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar, Coord. de Mirna Cianci, São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança, *Revista de Processo* n.39, jul./set. 1985, p. 16-26.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- _____. *O direito na doutrina*. Curitiba: Juruá, 1998.
- _____. Nova execução de título extrajudicial, Curitiba: Juruá, 2007.
- ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1.
- ALVIM, Thereza e ALVIM, Arruda. *Código do consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

- AMARAL, Guilherme Rizzo. *A nova execução*, coord. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2004.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos e outros. *Teoria geral do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 5, t. II.
- _____. *Curso de processo civil: execução*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2007.
- ARMELIN, Donaldo. *Notas sobre os embargos de terceiro*, in *Execução civil - aspectos polêmicos*, coord. de João Batista Lopes e Leonardo da Cunha, São Paulo: Dialética, 2005.
- _____. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- _____. *Tutela jurisdicional diferenciada*, *Revista de Processo*, n. 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *A tutela jurisdicional cautelar*, *Revista da PGE de São Paulo*, nº 23, junho de 1995.
- ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 6.
- _____. *Cumprimento da sentença*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Concurso especial de credores no CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. "Responsabilidade patrimonial", in *Execução civil: aspectos polêmicos*, Coord. de João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha, São Paulo: Dialética, 2005.

- ATABILIA, Geraldo. *República e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003.
- AVOLO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- AZEVEDO, Luiz Carlos e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Da penhora*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.
- _____. *Estudos de história do processo: recursos*. São Paulo: Joen, 1996.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. 3ª ed. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996. v. 1.
- _____. *Curso de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. vol. XI, Porto Alegre: Lejur, 1986.
- _____. *Ação de imissão de posse*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial para uso das faculdades de direito do império*. 3ª ed., Recife, [s.d.].
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- _____. *Comentários ao CPC*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v.1.
- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal brasileira*, São Paulo: Saraiva & Cia., 1934, v. 5.
- BARCELLOS, Ana Paula e BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no*

- direito brasileiro. In: *Interpretação constitucional*, org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Interpretação constitucional*, org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROS, Hamilton de Moraes E. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. IX.
- BAUER, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (Tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. "Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório", in *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*, Coord. de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. tir. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- _____. A ação judicial como espécie do direito de petição e a independência do poder judiciário como condição do exercício da jurisdição, *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 17, Uberaba: Forense, 1º trim. 1979, p. 103-116.
- BERNARDES, Juliano Taveira. "Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?". In: *Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*, Org. Marcelo Novelino Camargo, Salvador: Jus Podivm, 2007.
- BIRENBAUM, Gustavo. "Obrigações de dar, fazer e não fazer", in *Obrigações*, coord. Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- _____. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil: novos perfis*. São Paulo: RCS, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASCHI, Clécio. "A execução para correção das contas vinculadas ao fundo de garantia do tempo de serviço". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Cianci e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Incidente defensivo no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Aspectos processuais da desconconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Execução civil e cumprimento da sentença*. Coordenador. São Paulo: Método, v. 1, 2006.
- _____. *Execução civil e cumprimento da sentença*. Coordenador. São Paulo: Método, v. 2, 2007.
- _____. *Agravo contra as decisões de primeiro grau*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. "Generalidades sobre os recursos na impugnação ao cumprimento da sentença", *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa A. A. Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.
- BUENO, Cássio Scarpinela. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.
- _____. *Liminar em mandado de segurança*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Execução provisória e antecipação da tutela*, São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. 2ª ed., 2007.
- _____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, v. 3, 2007.
- BÜLLOW, Oskar von. *Excepciones procesales y presupuestos procesales*, traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

- BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia. Editores, 1943.
- _____. *Do concurso de credores no Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1952.
- _____. *Grandes processualistas*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CABRAL, Lucina Carreira Alvim. *Nova execução de título extrajudicial*, Curitiba: Juruá, 2007.
- CAHALI, Yussef Sahid. *Dos alimentos*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, Trad. Arg. da obra *Instituzioni di diritto processuale civile, secondo il nuovo codice*, por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996 v. 1 a 3.
- _____. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.
- _____. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica, 1945.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.
- _____. *Inovações no processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense 1995.
- CALMON, Petrônio. “Sentença e títulos executivos judiciais”, in *A nova execução de títulos judiciais*. Coord. Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. v. 1.
- _____. *A nova execução de sentença*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Lições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 2.
- _____. “Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua”, in *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo: IOB/Thomson, n. 43, set-out/2006.

- _____. "Evicção do bem arrematada em hasta pública", in *Execução Civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, coord. Fredie Didier Jr., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- _____. *Escritos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- _____. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CAMBI, Eduardo. *Provas atípicas: estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- CAMPOS, Gledson Marques de. "A 'exceção de pré-executividade' subsiste à Lei 11.382/06?", in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 54, setembro de 2007.
- _____. "Ação autônoma de execução para a entrega de coisa (arts. 621 a 631 do CPC)". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donald Armelin*, coord. de Mirna Ciani e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- _____. *Juízes irresponsáveis?*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- _____. *Juízes legisladores?*, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor", 1993.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

- _____. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Intervenção de terceiros*, São Paulo: Saraiva. 8ª ed. 1996 e 10ª ed. 1998.
- _____. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.
- _____. "Do cumprimento da sentença, conforme a Lei n. 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?", in *A nova execução de títulos judiciais*. Coord. Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O MP no processo civil e penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944 v. 1 a 4.
- _____. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000 v. 1.
- CARPI, Federico. *L'efficacia ultra partes della sentenza civile*, Milano: Griuffrè, 1974.
- _____. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: El Foro, 1997 v. 1 a 3.
- _____. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEa, 1971.
- CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada*, vol. I, São Paulo: LTr, 1999.
- CASTRO, Amílcar de. *Do procedimento de execução*, atualização de Stanley Frasão e Peterson Kömel Jr., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CASTRO, José Antonio de. *Execução no Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983.
- CERQUEIRA, Luís Otávio Siqueira de. *Nova execução de título extrajudicial*, São Paulo: Método, 2007.
- CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgencia cassadas – A recomposição do dano*, São Paulo: Quartier Latin, 2004.

- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis estaduais e federais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Livr. Acadêmica – Saraiva & Cia. Ed., 1943 v. 1 a 3.
- _____. *Curso de derecho procesal civil*. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995.
- _____. *La acción en el sistema de los derechos*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Bogotá: Editorial Temis, 1986.
- CHIOVITTI, Ana Paula. “O objeto do processo e o cumprimento da sentença”. In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donald Armelin*, coord. de Mirna Cianci e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CIANCI, Mirna. Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar, Coordenadora, São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. “Reflexões sobre a fase de cumprimento da sentença de obrigação pecuniária (Lei n. 11.232/2005 – CPC, art. 475-J”. In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donald Armelin*, coord. de Mirna Cianci e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COMAS, Chantal Català. *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*. Barcelona: Bosch, 1998.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Lezioni sul processo civile*. 2ª ed., Bologna: Il Mulino, 1995.
- _____. “Riforme processuali e poteri del giudice”, Torino: Giappichelli Editore, 1996.
- _____. “Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali”, in *Revista de Processo* nº 99, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 2000, pp. 249-293.
- _____. “Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto)”, in *Revista de Processo* nº 90, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho 1998, pp. 95-150.

- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999.
- CORREA, Rafael Motta e. "A prolação de sentença e o agravo pendente de julgamento – Acabou a controvérsia?", *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa A. A. Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. "A repercussão da Lei n. 11.232/2005 na execução da tutela antecipada". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Cianci e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. "Assistência nas execuções obrigacionais", in REPRO 134, ano 31, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 2006.
- _____. "A efetivação das liminares antecipatórias nas ações condenatórias monetárias", in Revista Tributária n. 54, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro: fevereiro de 2004.
- _____. "A efetivação das liminares monetárias contra a Fazenda Pública", in Revista Tributária n. 56, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio: junho de 2004.
- COSTA, Moacir Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e da sua literatura*, São Paulo: Revista dos Tribunais e Editora da USP, 1970.
- _____. *Estudos de história do processo: recursos*. São Paulo: Joen, 1996.
- COSTA E SILVA, Antônio Carlos. *Tratado do processo de execução*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 1986, 2v.
- COSTA E SILVA, Paula. *A reforma da ação executiva*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 2003.
- COUTURE, Eduardo. *Oralidade e regra moral no processo civil: processo oral*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.
- _____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1997.
- CRAMER, Ronaldo. "O prazo e a multa do cumprimento de sentença". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao*

- Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Cianci e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o processo e a constituição de 1988*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11.
- A Fazenda Pública em juízo, 5ª ed., São Paulo: Dialética, 2007.
- _____. "O Cumprimento de Sentença, sua Liquidação e Execução contra a Fazenda Pública: Reflexos da Lei 11.232/2005", in Revista Dialética de Direito Processual n. 43, São Paulo, outubro de 2006.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. A arcaica súmula vinculante. In *Reforma do Judiciário*, coord. de Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante a lei e due process of law*. In: *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.
- _____. "A 'exceção de pré-executividade' subsiste à Lei 11.382/06?", in Revista Dialética de Direito Processual n. 54, setembro de 2007.
- _____. "Admissibilidade ou não das ações mandamentais no ordenamento jurídico brasileiro", São Paulo: Revista Jurídica da PUCC, vol. 15, 1999.
- DIAS, Beatriz Catarina. *A jurisdição na tutela antecipada*, São Paulo: Saraiva, 1999.
- DIAS, Carlos Alberto da Costa. "Liminares: poder discricionário ou vinculado?", in *Revista de Processo* nº 85, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março 1997, pp. 303-310.
- DIAS, Francisco Barros. "Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares", in *Revista de Processo* nº 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 1990, pp. 125-134.
- _____. "A busca da efetividade do processo", in *Revista de Processo* nº 97, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março 2000, pp. 213-225.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- _____. "O Código Civil de 2002 e as novas regras para a arrematação", in *Execução no processo civil: novidades e tendências*, coord. de Sérgio Shimura e Daniel Assumpção Neves, São Paulo: Método, 2005.
- _____. "A sentença meramente declaratória como título executivo - Aspecto importante da reforma processual civil brasileira de 2005". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Cianci e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1 e 3. 2004 v. 4.
- _____. *A reforma da reforma*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Capítulos de sentença*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. As três figuras da liquidação de sentença. In: *Atualidades sobre a liquidação de sentença*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Execução civil*, São Paulo: Malheiros. 1ª ed. 1993 e 6ª ed. 1998.
- _____. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *Litisconsórcio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- _____. Tribuna da Magistratura, Caderno de Doutrina julho/agosto de 1998.
- _____. e outros. *Teoria geral do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 11ª ed., 1995.
- _____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. Escopos políticos do processo. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. Nasce um novo processo civil. In: *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995; 4ª ed. 1998.
- _____. *et al. Teoria geral do processo*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

- _____. *Tutela jurisdicional*. Revista de Processo, nº 81, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIS, *Direito Informatizado Saraiva*, nº 02, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 1996 e 1998.
- DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- EBLING, Cláudia. *Teoria geral do processo: uma crítica à teoria unitária do processo através da abordagem da questão da sumarização e do tempo no/do processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ENTERRÍA, Eduardo García. *Democracia, jueces y control de la administracion*, 4ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1998.
- _____. *La lengua de los derechos – la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FACHIN, Luiz Edson. *Intervenção de terceiros no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FADEL, Sergio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*, São Paulo: Dialética, 1998.
- FARIA, Juliana Cordeiro de e THEODORO JÚNIOR, Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Coord. de Carlos Valder do Nascimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova: Cedam, 1996.
- FEDERIGHI. Wanderley José. *A execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FERES, Carlos Roberto. *Antecipação da tutela jurisdicional*, São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- _____ e outros. *Recursos no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- FERNANDES, Odmir. *Lei de execução fiscal comentada e anotada*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, São Paulo: Saraiva, 1984.
- FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco NERY, Rosa Maria Andrade e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito processual ambiental brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FONSECA, Antônio Cezar Lima da. “Da liminar no mandado de segurança”, Revista de Processo nº 57, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março 1990, p. 24-38.
- FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *A reforma processual civil*, São Paulo: Saraiva, 1996.
- FRANCO, Fernão Borba. “A multa na execução definitiva e provisória”. In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Ciani e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: *Interpretação constitucional*, org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FURTADO, Adroaldo Furtado. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”, in *Inovações do CPC*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996, p. 9-22.
- FUX, Luiz. *A reforma do Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2006.
- GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

- GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. "A dimensão política do direito de ação", in *Revista de Processo* nº 60, outubro-dezembro 1990, pp. 196-207.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- GIORGIS, José. *A lide como categoria comum do processo*. Porto Alegre: Lejur, 1991.
- GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Trad. de Hiltomar Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- _____. *Derecho procesal civil*. Trad. por Leonardo P. Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Recursos no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "Direito à prova no processo penal", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999 v.1; 2001 v. 2.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, volumes 1, 2 e 3.
- _____. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*, São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Tutela constitucional das liberdades*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

- _____. *et al. Teoria geral do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *et al. Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- _____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- _____. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. Provas ilícitas. In: *O processo em sua unidade-II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Liberdades públicas e processo penal*. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. *et al. Recursos no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- _____. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. *Direito processual civil*. São Paulo: José Bushatski, 1974.
- _____. "Os fundamentos da justiça conciliativa", in *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*, trad. de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- GRUENBAUM, Daniel. "Execução de sentenças estrangeiras condenatórias". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donald Armelin*, coord. de Mirna Cianci e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Execução Forçada: controle de admissibilidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- _____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESPANHA, Benedito. *Tratado de teoria do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1.
- HOFFMAN, Paulo. *Nova execução de título extrajudicial*, São Paulo: Método, 2007.
- _____. "Primeiras dúvidas de ordem prática na aplicação da Lei n. 11.232/05". In *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/05*, coord. de Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva, São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. *Razoável duração do processo*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum*. Trad. de J. L. Melo. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.
- JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. "O processo cautelar e o poder de cautela do juiz", in *Revista de Processo* nº 87, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 1997, p. 186-198.
- JUNOY, Joan Pico Y. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997.
- _____. *Presente y futuro del proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1998.
- _____. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996.
- KNIJNIK, Danilo. *A nova execução*, coord. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 8, t. 1 e t. 2.
- _____. "Processo cautelar", in *Revista de Processo* nº 44, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro 1986, pp. 186-194.
- _____. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LEONEL, Ricardo de Barros. "A causa petendi nas ações coletivas", in *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*, Coord. de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.
- _____. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 5ª ed., Milano: Giuffrè, 1992 v. 1.
- _____. *Manuale di diritto processuale civile*. 4ª ed., Milano: Giuffrè, 1984 v. 2.
- _____. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. *Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1952.
- _____. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991 v. 6.
- _____. "A eficácia temporal da medida liminar em mandado de segurança", in *Revista de Processo* nº 42, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho 1986, pp. 7-11.
- _____. "Finalidade do processo", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 17, Uberaba: Forense, 1º trim. 1979, pp. 13-27.
- _____. *Dicionário do Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. *Direito processual civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.
- LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006.

- LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. "Impugnação do executado: simples incidente ou ação incidental?". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Cianci e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. "Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional", in *Revista de Processo* nº 35, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1984.
- _____. *Manual das provas no processo civil*, Campinas: Kennedy Editora, 1974.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação". In *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 3.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, trad. de Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: Ed. UNB, 1980.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
- _____. *A reforma do processo civil interpretada*, São Paulo: Saraiva, 1995.
- MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 7ª ed., 1998, 9ª ed., 2001.
- _____. *Estudos de direito ambiental*, São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Ação civil pública – Ambiente, consumidor e patrimônio cultural*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

- MAGRI, Berenice S. N. *Ação anulatória*: art. 486 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1997 v. 1 a 3.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. "Interrupção da prescrição: o inciso I do artigo 202 do novo Código Civil", in *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*, Coord. de Mirna Cianci, São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. "Da liquidação de sentença". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Cianci e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. "Da liquidação de sentença", in *A nova execução de títulos judiciais*. Coord. Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *A antecipação da tutela*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____ e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 5, t. 2.
- _____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1994.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Curso de processo civil: execução*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2007.
- _____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 2.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MARINS, Victor Bomfim. "Antecipação da tutela e tutela cautelar", in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. "Tutela cautelar – teoria geral e poder geral de cautela", Curitiba: Juruá Editora, 1996.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MEDIDA, José Miguel Garcia *et alli*. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2.
- _____. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. "A sentença declaratória como título executivo - Considerações sobre o art. 475-N, inc. I do CPC", in *Processo de execução civil*, coord. de Paulo Hoffman e Leonardo Ribeiro, São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "O conteúdo jurídico do princípio da igualdade", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1984.
- _____. *Curso de direito administrativo*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. "Juízo liminar – Poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria", in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 3, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 106-116.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986.

- MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *O responsável executivo secundário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. *Nova execução de título extrajudicial*, São Paulo: Método, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira e outros. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MÉNDEZ, Francisco Ramos. *Derecho y proceso*. Barcelona: Bosch, 1978.
- _____. *El sistema procesal español*. Barcelona: Bosch, 1997.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias", in *Revista brasileira de direito processual* nº 56, Rio de Janeiro: Forense, 1988, 4º trimestre, pp. 43-52.
- _____. "Liminares: limites constitucionais à discricionariedade judicial", in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 3, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 97-105.
- _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1, v. 2 e v.3.
- _____. *Ação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- MILARÉ, Édís. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, São Paulo: Saraiva, 1984.
- MILMAN, Fabio. *Improbidade processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. "Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento de sentença". In *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 3.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. 1.
- _____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. t. 3.
- _____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. t. 6.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. t. 6.

- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. t. 4.
- _____. *Tratado da ação rescisória*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- _____. *Impacto ambiental*. 2ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Dívida ativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. Saraiva, São Paulo, 1998.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, RePro, n. 86.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.
- _____. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2001. Sétima série.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. "O processo cautelar", in *Estudos sobre o novo código de processo civil*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.
- _____. "Tutela sancionatória e tutela preventiva", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 18, Uberaba: Forense, 2º trim. 1979, pp. 123-132.
- _____. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 16, Uberaba: Forense, 4º trim. 1978, pp. 111-125.
- _____. *Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. *Temas de direito processual: quinta série*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Temas de direito processual: sexta série*, São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. "Notas sobre o problema da efetividade do processo", in *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 201-220.

- _____. *Temas de direito processual: sétima série*, São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. "O futuro da justiça: alguns mitos", in *Revista de Processo* nº 99, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 2000, pp. 141-150.
- _____. "Prestação do fato por terceiro e preferência do exeqüente no sistema da Lei n. 11.382", *Revista do Advogado*, AASP, São Paulo, n. 92, julho de 2007.
- _____. "Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade", *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa A. A. Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.
- MOTA, Lise Nery. *Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. "O objeto do processo e o cumprimento da sentença". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Ciani e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- NASCIMBENI, Asdrúbal Franco. *Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica*. Curitiba: Juruá, 2005.
- NEGRÃO, Theotonio. DIS (*Direito Informatizado Saraiva*) nº 02, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 1998.
- _____. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Teoria geral dos recursos: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: *Leituras complementares de processo civil*, Org. Fredie Didier Jr. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2005.
- _____. *Código de processo civil comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 1997, 4ª ed. 1999, 7ª ed. 2003, 9ª ed. 2006.
- _____. *et al. A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, São Paulo: Saraiva, 1984.

- NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 1997, 4ª ed. 1999, 7ª ed. 2003, 9ª ed. 2006.
- _____, RODRIGUES, Marcelo Abelha e FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito processual ambiental brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. São Paulo: Método, 2003.
- NOTARIANO Jr., Antonio. *Agravo contra as decisões de primeiro grau*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. "Generalidades sobre os recursos na impugnação ao cumprimento da sentença", *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa A. A. Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A tutela de urgência e o direito de família*, São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Comentários ao CPC*, vol. VIII, t. II, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. "Efetividade e processo cautelar", in *Revista de Processo* nº 76, São Paulo: RT, outubro-dezembro, 1994, pp. 88-93.
- _____. "Alcance e natureza da tutela antecipatória", in *Revista de Processo* nº 84, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro 1996, pp. 11-17.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso excepcional adesivo cruzado, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa A. A. Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8.
- OLIVEIRA, Robson Carlos de. *Embargos à arrematação e à adjudicação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Audiência, instrução e julgamento*, São Paulo: Saraiva, 2001.

- _____. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- PACHECO, Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *Nova execução de título extrajudicial*, São Paulo: Método, 2007.
- PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*, São Paulo, 1973.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no processo civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. "Administração da justiça no Brasil. Visão para além do imediato", in *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PEREIRA, Rosalina P. C. R. *Ações prejudiciais à execução*, São Paulo: Saraiva, 2001.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos*, 4ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Direito de família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PIERO, Calamandrei. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I, tradução argentina da obra *Instituzioni di Diritto Processuale Civile, Secondo il Nuovo Codice*, por Santiago Sentís Melendo, publicada por *Livrería 'El Foro'*, Buenos Aires, 1996.
- PINTO, Junior Alexandre Moreira. "Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda", in *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*, Coord. de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2ª ed., Napoli: Jovene, 1996.

- PIZZOL, Patricia. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. "Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento de sentença". In *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 3.
- _____. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.
- PRADO, Clayton Eduardo. "Aplicação da Lei n. 11.232/2006 e outros temas atuais sobre execução fiscal". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Ciani e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte. "A prescrição no novo Código Civil e a Ação Civil Pública, Ação Popular e Ação de Improbidade Administrativa", in *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*, Coord. de Mirna Ciani, São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. "Os embargos de terceiro como instrumento de efetividade à tutela de direitos". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Ciani e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão civil e os direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 4ª ed., Milano: Giuffrè, 1997 v. 1 e 2.
- REDONDO, Bruno Garcia. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007.
- REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*, 2ª ed., Coimbra Editora, 1957.
- RESTIFE, Paulo Sérgio. "Execução concursal". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Ciani e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 1968.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Nova execução de título extrajudicial*, São Paulo: Método, 2007.
- _____. *Execução provisória no processo civil*. São Paulo: Método, 2006.

- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. "O direito constitucional à jurisdição", in *As Garantias do Cidadão na Justiça*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. *República e federação no Brasil*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____, FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- RODRIGUES, Ruy Zoch. *Embargos de terceiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1996.
- ROSENBERG. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956.
- SACCO NETO, Fernando. *Nova execução de título extrajudicial*, São Paulo: Método, 2007.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SALVADOR, Antônio Raphael Silva. *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SANCHES, Sydney. *Uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- SANTINI, José Raffaelli. *Fraude à execução*, São Paulo: LEUD, 1999.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.
- _____. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- _____. "Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência", in *Revista de Processo* nº 96, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro 1999, pp. 45-58.
- SANTOS, Evaristo Aragão Ferreira dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Notas sobre a eficácia executiva da sentença que homologa transação envolvendo obrigação de fazer ou de não fazer. In: *Processo de Execução: temas polêmicos e atuais*. Coordenação de Gilberto Gomes Bruschi, São Paulo: RCS, 2005.
- _____. A sentença como título executivo. In: *Execução civil: aspectos polêmicos*. Coordenação de João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha, São Paulo: Dialética, 2005.

- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 17^a ed. 1995, 18^a ed. 1997. v. 2.
- _____. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958. t. 1.
- _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.
- _____. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 4.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 12^a ed., Padova: Cedam, 1996.
- _____. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: EJE, 1971 v. 1 a 3.
- SHIMURA, Sérgio. Execução provisória. In: *Nova reforma processual civil comentada*. São Paulo: Método, 2002.
- _____. Súmula vinculante. In *Reforma do Judiciário - primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. Execução civil e cumprimento da sentença. Coordenador. São Paulo: Método, v. 2, 2007.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *Do precatório-requisitório na execução contra a Fazenda Pública*. 3^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.
- _____. *Curso de processo civil*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. Porto Alegre: Lejur, 1986. v. 11.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

- _____. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990. v. 2.
- _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- SILVEIRA, José. *Impugnação das decisões em processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.
- SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito processual tributário*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SOUZA, Gelson Amaro de. *Efeitos da sentença que julga os embargos à execução*, São Paulo: MP, 2007.
- _____. *Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SOUZA, Wilson Alves de. Tutela antecipada em caso de incontrovérsia parcial da demanda: breves comentários à proposta do poder executivo de alteração do § 1º do art. 273 do CPC. In: *A segunda etapa da reforma processual civil*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SPENGLER, Fabiana. *Inovações em direito e processo de família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle ("Agravo interno"). In: *Leituras complementares de processo civil*. Org. Fredie Didier Jr. 3ª ed. Salvador: Jus Podium, 2005.
- _____. *et. al. Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.
- _____. Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil. In:

- Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Tutela monitoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. "Tutela jurisdicional para entrega de coisa (CPC, art. 461-A)". In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, coord. de Mirna Cianci e Rita Quartieri, São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Curso avançado de processo civil, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.
- TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995.
- TARZIA, Giuseppe. *O contraditório no processo executivo*, RePro nº 28.
- _____. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milno: Giuffrè Editore, 1996.
- _____. *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova: Cedam, Padova, 1993.
- _____. *Medidas cautelares atípicas (Uma análise comparativa)*, tradução de Paulo Henrique dos Santos Lucon, in *Revista de Processo* nº 99, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 2000, p. 206-222.
- TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante*. São Paulo: Método, 2007.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Execução no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- _____. Jurisdição, ação e processo. In: *Cadernos de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 1999. v. 1.
- _____. Princípios do Processo Civil. In: *Cadernos de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 1999. v. 2.
- TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades do processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1.
- _____. e FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Coord. de Carlos Valder do Nascimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

- _____. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996 v.1; 20ª ed. 1997 v. 2.
- _____. *Sentença: direito processual ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991. v. 1.
- _____. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Processo de execução*. 14ª ed., São Paulo: Leud, 1990.
- _____. *As novas reformas do CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal*. 2ª ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- _____. *A reforma da execução do título extrajudicial*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Lei de execução fiscal*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- TONIOLO, Ernesto José. *A prescrição intercorrente na Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TOSTA, Jorge. *Reexame necessário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Lineamentos da nova reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Desistência da ação*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____ e AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Ação monitória*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Processo civil – realidade e justiça*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Tempo e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Questões práticas de processo civil*, São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987.

- _____. *Class action e mandado de segurança coletivo*, São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- VECHIATO JÚNIOR, Walter. *Manual de execução civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.
- VELASCO, Ignacio M. Poveda. *A execução do devedor no direito romano: Beneficium competentiae*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002.
- _____. *A execução do devedor no direito intermédio: Beneficium competentiae*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002.
- VIDIGAL, Luis Eulalio de Bueno. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*, São Paulo: Atlas, 1998.
- WACH, Adolf. *La pretensión de declaracion*. Buenos Aires, Ejea, 1962.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1. 9ª ed., 2007.
- _____. *Breves Comentários à segunda fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *et alli. Breves comentários à nova sistemática processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2.
- _____. *Liquidação de sentença*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____.; SANTOS, Evaristo Aragão Ferreira dos. Notas sobre a eficácia executiva da sentença que homologa transação envolvendo obrigação de fazer ou de não fazer. In: *Processo de Execução: temas polêmicos e atuais*. Coordenação de Gilberto Gomes Bruschi, São Paulo: RCS, 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

- _____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Breves Comentários à segunda fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____ et alli. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2.
- _____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, coord. do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.
- _____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- _____. "Acesso à justiça e sociedade moderna", in *Participação e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. *Da cognição no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. 2ª ed., São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.
- _____. *Controle Jurisdicional (Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e Mandado de Segurança contra atos judiciais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. "Ação rescisória e decisões proferidas no processo de execução: novas reflexões à luz das disposições da Lei n. 11.232/05", in *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, coord. Adroaldo Furtado Fabrício, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Execução civil: novos perfis*. São Paulo: RCS, 2006.
- _____. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. "Direitos e interesses individuais homogêneos: a "origem comum" e a complexidade da causa de pedir. Implicações na legitimidade *ad causam* ativa e no

- interesse de agir do Ministério Público”, in *Revista da Faculdade de Direito da PUC / SP*, São Paulo: Método, 1º semestre de 2001.
- _____. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.
- ZAVASCKI, Teori. *Processo de execução – parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 88, out.-dez. 1997.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 v. 8.
- _____. *Processo de execução: parte geral*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- Antecipação da tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional*, in *Revista de Processo* nº 88, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro 1997, pp. 173-178.
- _____. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*, in *Revista de Processo* nº 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho 1996, pp. 53-69.
- _____. “Defesas do executado”, in *A nova execução de títulos judiciais*. Coord. Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.