

Impossibilidade de extinção do processo coletivo sem julgamento do mérito por incapacidade processual ou ilegitimidade ativa do autor coletivo. Obrigatoriedade de oportunizar a outro colegitimado prosseguir com a ação coletiva. Ministério Público. Princípio do microssistema único coletivo e da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo.

AUTORA: PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

DEFESA: MARCOS TOFANI BAER BAHIA

I. FUNDAMENTAÇÃO

É nula a decisão, em qualquer instância, que, sem suspender o processo coletivo, julgue o feito sem julgamento do mérito por incapacidade processual ou ilegitimidade ativa de um autor coletivo (como por ex., uma associação civil ou defensoria pública), por infringência ao art. 9º da LAP c/c art. 5º, §3º, da LACP¹.

Não se pode olvidar que pela relevância e natureza pública dos interesses metaindividuais, a Jurisdição deve fiscalizar e controlar a desistência por qualquer legitimado, inclusive do Ministério Público, bem como quanto a não assunção do polo ativo da demanda pelo Parquet, este por aplicação analógica do sistema previsto no CPP (rejeição do arquivamento do inquérito policial - art. 28).

No ponto BARROS² leciona:

Verificando a desistência ou abandono infundados, e a equivocada não assunção pelo órgão ministerial, deve o magistrado remeter o feito ao Procurador-Geral de Justiça para deliberação definitiva pelo não prosseguimento da ação ou designação de outro membro da instituição para assumi-la.

¹ Lei 4717/65, art. 9º: Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

² LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: RT, 2011, p. 378. No mesmo sentido: Nelson Nery Júnior, in Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor, p. 1.139, afirmando que a questão deveria ser dirimida pelo PGJ, em analogia com a hipótese de rejeição de arquivamento de inquérito policial, conforme art. 28 do CPP.

Toda essa questão deságua no *direito fundamental ao devido processo legal*, da boa-fé processual e do contraditório, que juntos, servem de base para o surgimento do **direito fundamental à colaboração ou cooperação do processo**. Este, de sua vez, define o modo como o processo civil deve se estruturar no direito brasileiro.

Daí falar-se, atualmente, em **processo cooperativo**, no afã de se pretender um ponto de equilíbrio entre direitos e deveres das partes, e estas em regime de cooperação com o juiz, objetivando-se uma tutela mais democrática baseada no diálogo, na boa-fé, na lealdade processual e na cooperação.

No modelo de processo cooperativo, a jurisdição não é mais vista como eixo metodológico principal do processo civil, destacando-se o próprio processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea com o perfil democrático de nosso modelo de Estado. Enfim, o processo se estrutura e se organiza a partir da Constituição.

A colaboração – vista como modelo de organização do processo e também como princípio jurídico – tem por escopo organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada durante todo o percurso da marcha processual.

Tal compreensão é obtida em virtude da moderna visão do conceito de jurisdição, não mais restrita ao poder de dizer o direito, mas, sobretudo, também na preocupação com a observância de todos os escopos ou objetivos do processo, quais sejam o jurídico, o social e o político.

Na observação de OLIVEIRA³:

Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista. Exatamente em face desta realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.

Em decorrência da ideia central de efetividade do processo, surge a necessidade de uma nova concepção de processo, mais solidário e cooperativo, com o propósito de proteger o direito das partes de participarem de forma concreta na formação do provimento jurisdicional.

E, assim, novos paradigmas do processo são construídos na medida em que rompem com a estrutura anterior. Na esteira do processo cooperativo, como se expôs, a posição do juiz no processo vem fortalecida por poderes e deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, bem como por uma configuração mais ativa. Isso deve ocorrer no processo civil como um todo, especialmente o coletivo, de conflituosidade mais intensa e ampliada.

O princípio da cooperação no Direito Processual Civil (NCPC, art. 6º) tem a sua origem na conjugação dos princípios da boa-fé objetiva e do contraditório, surgindo com o propósito de nortear a relação entre o juiz e as partes no processo, impondo o dever recíproco de atuar dentro dos parâmetros éticos à resolução racional e pacífica dos conflitos.

³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 139.

Essa preocupação com a colaboração processual deve estar presente durante todo o processo, não devendo ser utilizada pelo juiz somente na fase decisória (CPC/73, art. 130 e 263). Partindo-se do nosso projeto constitucional de Estado Democrático de Direito, não resta dúvida que o direito fundamental ao processo cooperativo contribuiu, democraticamente, para que o processo alcance a solução justa para o caso concreto. Tal desiderato pressupõe a cooperação das partes e do juiz em todas as fases do procedimento, ou seja, na estruturação, organização e concretização da decisão.

Nesse modo de conceber o processo, imprescindível do juiz redobrada atenção em observar o comportamento das partes durante toda a marcha processual, sob o ângulo da boa-fé objetiva e da colaboração delas para com o juiz, de quem é exigido uma postura mais proativa e democrática na organização do processo (própria de um ativismo judicial) no campo probatório, que não se atenha tão somente ao cumprimento de regras processuais rígidas e sem consideração com o caso concreto, cabendo-lhe, agora, por força desse novo modelo que exsurge do movimento de constitucionalização do direito processual, zelar pelo processo justo, pela adequada verificação dos fatos, pela efetiva participação das partes em um contraditório real e equilibrado, e por uma melhor distribuição das posições jurídicas das partes que prestigie, concretamente, a igualdade material.

Densificando o Texto Constitucional, o Novo CPC (Lei 13.105/15) adota esse novo modelo processual, ao prever o direito fundamental à colaboração no processo como uma das normas fundamentais do processo civil (art. 1º e 6º), como dever imposto ao juiz de designar audiência para que o saneamento do feito seja feito em cooperação com as partes nas causas de maior complexidade (art. 357), como dever imposto às partes para com o juiz na busca do descobrimento da verdade (art. 378) e **como dever imposto aos órgãos do Poder Judiciário em todas as instâncias e graus de jurisdição de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores (art. 67).**

Não foi por outra razão que o Novo CPC, inspirado pela jurisprudência e pelo movimento *neo-constitucionalista*, tem a real preocupação de evitar surpresa às partes.

Na nova fase a que a doutrina vem denominando *neoprocessualismo*, calha a lição de DIDIER[1]:

A consequência da falta de legitimação coletiva não pode ser necessariamente a extinção do processo coletivo, sem exame de mérito. A relevância das questões em debate impedem solução tão drástica e ineficiente(do ponto de vista da efetividade dos direitos coletivos).

O exame da legislação brasileira revela que a postura em situações como essa deve ser a de aproveitamento do processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte que se reputa inadequada para a condução da demanda. [2], É o que acontece, por exemplo, nos casos de desistência ou abandono do processo pelo autor da ação popular ou da ação civil pública, e que determina a sua sucessão processual, com a assinação do Ministério Público ou de outro legitimado da posição de condutor do processo coletivo (art. 9 da Lei Federal n. 4.717/65; art. 5, 3, Lei Federal n. 7347/85).

O magistrado deve, portanto, ao concluir pela inadequação legitimado coletivo, providenciar a sua substituição, quer pelo Ministério Público, quer por outro legitimado, convocado ao processo por meio de publicação de edital.”

[1] DIDIER, Fredie Jr, ZANETTI, Hermes. Processo Coletivo. Curso de Direito Processual Civil. 2013, p.220.

[2] GIDI, Antonio. “ A representação adequada nas ações coletivas: uma proposta”. Revista do Processo. São Paulo: RT, 2003, n, 108, p.68; DIDIER JR, Fredie. “ O Controle jurisdicional da legitimação coletiva e a ação coletiva passiva”In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Ria Dias (ONGs). Processo Civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P.95-105.esp.98,

A propósito do princípio da indisponibilidade da demanda coletiva que se aplica à questão ora em curso, o Superior Tribunal já decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VÍCIO NA REPRESENTAÇÃO. SÚMULAS 5/STJ. EXTINÇÃO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA DEMANDA COLETIVA. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES.

[...]

2. A norma inserta no art. 13 do CPC deve ser interpretada em consonância com o § 3º do ar. 5º da Lei 7.347/85, que determina a continuidade da ação coletiva. Prevalce, na hipótese, os princípios da indisponibilidade da demanda coletiva e da obrigatoriedade, em detrimento da necessidade de manifestação expressa do Parquet para a assunção do polo ativo da demanda' (REsp 855.181/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 1º/9/2009, DJe 18/09/2009). 3. Somente a efetiva e fundamentada demonstração pelo Parquet de que a Ação Civil Pública é manifestamente improcedente ou temerária pode ensejar seu Ministério Público, nos termos do art. 9º da Lei n. 7.347/85.

Recurso especial conhecido em parte provido.

(REsp 1372593/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/5/2013, DJe de 17/05/2013).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MICROSSISTEMA DE TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS (EM SENTIDO LATO). ILEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS ARTS. 9º DA LEI N. 4.717/65 E 5º, § 3º, DA LEI N 7.347/85. POSSIBILIDADE. ABERTURA PARA INGRESSO DE OUTRO LEGITIMADOS PARA OCUPAR O PÓLO ATIVO DA DEMANDA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. MEDIDA DE ULTIMA RATIO. OBSERVAÇÃO COMPULSÓRIA DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Conselho Regional de Medicina da Seccional do Rio Grande do Sul (CREMERS) contra o Estado do Rio Grande do Sul para discutir o direito de pacientes que escolherem pelo atendimento do SUS à opção de pagamento da chamada 'diferença de classes' e à abstenção da exigência prévia de que passem por triagem em posto de saúde a fim de que seja, portanto, viabilizado o atendimento pelo médico escolhido pelos próprios pacientes.

[...]

4. O motivo de rever o entendimento sufragado pela sentença reside unicamente no fato de que, por se tratar de demanda que envolve direitos coletivos em sentido lato, há atração do microssistema específico, formado basicamente – mas não exclusivamente – pelas Leis n. 4.717/65 (LAP), 7.347/85 (LACP) e 8.038/90 (CDC).

5. De acordo com a leitura sistemática e teleológica das Leis de Ação Popular e Ação Civil Pública, fica evidente que o reconhecimento da ilegitimidade ativa para o fei-

to jamais poderia conduzir à pura e simples extinção do processo sem resolução de mérito.

6. Isto porque, segundo os arts. 9º da Lei n. 4.717/65 e 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, compete ao magistrado condutor do feito, em caso de desistência infundada, abrir oportunidade para que outros interessados assumam o polo ativo da demanda.

7. Embora as referidas normas digam respeito aos casos em que parte originalmente legítima opta por não continuar com o processo, sua lógica **é perfeitamente compatível com os casos em que faleça legitimidade a priori ao autor. Dois os motivos que levam a esta assertiva.**

8. Em primeiro lugar, colaciona-se um motivo dogmático evidente, que diz respeito ao valor essencialmente social que impregna demandas como a presente, a fazer com que o Poder Judiciário deva se esmerar em, sempre que possível, ser condescendente na análise de aspectos relativos ao conhecimento das ações, deixando de lado o apego ao formalismo.

9. Normas específicas do microsistema em comento e indicativas do que a doutrina contemporânea convencionou chamar de princípio da **primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo** é o próprio art. 5º, §4º [*rectius*, §3º], da Lei n. 7.347/85, que é especialização do princípio da instrumentalidade das formas (art. 154 do CPC). Excertos de doutrina especializada.

10. Em segundo lugar, parece necessário lembrar um motivo pragmático. É que, diante da multifacetada gama de legitimados ativos para os feitos coletivos, a extinção sem exame de mérito normalmente implicará apenas na necessidade de ajuizamento de nova demanda, com mesmas causas de pedir e pedidos, o que significa apenas postergar o juízo meritório – a teor da formação de coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*.

.....

15. Recurso especial não provido”

(REsp 1177453/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/8/2010, DJe de 30/9/2010.

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VÍCIO NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA DEMANDA COLETIVA. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. REPERCUSSÃO SOCIAL. CONTROLE INCIDENTAL DA CONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada por associações de defesa dos consumidores para discutir a fixação do prazo de validade para a utilização dos créditos adquiridos pelos usuários do serviço de telefonia celular, sob a modalidade pré-pago, cuja regulamentação foi realizada pela Norma 03/98 da ANATEL. Na aludida ação, além de ser pleiteada a obrigação dos réus de não mais limitar a validade dos referidos

créditos, buscou-se também a condenação desses ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, a ser arbitrada pelo juízo. O processo foi extinto sem resolução do mérito, ao fundamento de não ser cabível ação civil pública para discutir a inconstitucionalidade de lei. O Tribunal Regional Federal anulou a sentença e determinou o processamento da ação civil pública. Nos embargos de declaração, a empresa ora recorrente apontou a nulidade processual, uma vez que, após a interposição do recurso de apelação, houve a renúncia dos mandatários da parte autora e, mesmo após intimação para a nomeação de novos patronos para a causa, não foi sanado o aludido vício, tendo o Tribunal *a quo* julgado indevidamente a demanda.

[...]

4. Não há vício de fundamentação no acórdão recorrido. Embora argumente que não seria possível o saneamento processual no âmbito dos aclaratórios, a negativa do pleito de nulidade foi expressamente fundamentada no princípio *pás de nullité sans grief* e no § 3º do art. 5º da Lei 7.347/85.

5. A norma inserta no art. 13 do CPC deve ser interpretada em consonância com, na hipótese, os princípios da indisponibilidade da demanda coletiva e da obrigatoriedade, em detrimento da necessidade de manifestação expressa do *Parquet* para a assunção do polo ativo da demanda. Em outras palavras, deve-se dar continuidade às ações coletivas, a não ser que o *Parquet* demonstre fundamentalmente a manifesta improcedência da ação ou que a lide é temerária.

6. A extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267, IV, e 369 do CPC apenas seria admissível, caso o Tribunal a quo procedesse a prévia intimação do órgão ministerial para a específica finalidade de prosseguir com a ação e houvesse justificada manifestação do *Parquet* em sentido contrário à continuidade da demanda, dada a atribuição legal deste último em prosseguir com o feito.

7. No caso, o Ministério Público, intimado para ofertar parecer sobre o recurso, posicionou-se pelo provimento da apelação, o que, consoante o princípio da instrumentalidade das formas, demonstra a viabilidade processual da demanda posta em juízo e reforça a necessidade da sua continuidade.

11. Recurso conhecidos em parte e, no mérito, não provido.”

(REsp 855181/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 1º/9/2009, DJe de 18/9/2009).

Sobre a adoção do **microssistema único do processo coletivo**, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em diversas oportunidades que:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de 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 (...).⁴

⁴ STJ – REsp n.º 510.150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17-2-2004.

O microssistema de processo coletivo baseia-se, essencialmente, em dois diplomas fundamentais que acompanham todo e qualquer procedimento que se instaure a título de processo metaindividual. São eles: a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Ambas as leis formam o núcleo, o centro valorativo do microssistema de processo coletivo, pois suas normas não só servem para franquear a comunicação direta entre seus institutos (arts. 21 da Lei de ACP e 90 do CDC), como também irradiam aplicabilidade a todos os outros diplomas legislativos que compõem o microssistema. O mesmo se dá em relação à Lei de Ação Popular, cujo art. 9º tem sido aplicado às demandas coletivas assentadas no CDC e na LACP, na hipótese em que haja a ilegitimidade ou incapacidade processual da parte autora.

À guisa de todo esse contexto, a Constituição Federal – atenta às pressões políticas, doutrinárias e jurisprudenciais que a forjaram – se preocupa com a concepção social do processo. Tanto que potencializa os meios postos à disposição do cidadão para sua luta contra a opressão política ou econômica, como se dá com a ação civil pública, guindada ao plano constitucional como instrumento destinado à proteção dos interesses difusos e coletivos. É necessário considerar, então, que o exame da legislação pátria revela que a postura em situações como a aqui analisada deve ser a do aproveitamento do processo coletivo, com a substituição da parte que se reputa inadequada para a conduzir a demanda.

Para ser fiel a esse compromisso constitucional, o direito processual, a exemplo de outras ciências jurídicas, também deve colocar a **técnica processual** a serviço do direito material. Isso traduz a noção de que a instrumentalidade das formas necessita de uma leitura de dimensão ampliada no âmbito do processo coletivo, face ao **princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo**, o qual encontra fundamento nos artigos 1º, 2º e 3º, Título II, Capítulo I, e art. 5º, inc. XXXV, todos da CF/88.

Enquanto guardião dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário tem interesse em enfrentar o mérito do processo coletivo, de modo que possa cumprir seu escopo mais importante: promover a justiça material e a pacificação social na busca da efetivação dos valores democráticos. Dito de forma sumária, o juiz no processo coletivo deve se esforçar ao máximo para que o processo não seja extinto sem julgamento do mérito.

II. CONCLUSÕES

2.1 Em decorrência do princípio do microssistema único coletivo que pressupõe a intercomunicação entre todas as leis que disciplinam a tutela coletiva, é nulo o processo em que a Jurisdição não suspenda o processo coletivo (seja qual for o direito metaindividual tutelado) e não publica o edital a que se refere o art. 9º da LAP, na hipótese de desistência infundada da ação ou seu abandono, **ou ainda na hipótese de incapacidade processual ou ilegitimidade ativa da parte**, para o fim de permitir a qualquer colegitimado a assunção do polo ativo da demanda, mesmo que já estabilizada.

2.2 Não sendo reconhecida a capacidade processual ou a legitimidade ativa de uma associação civil ou outro colegitimado ativo para prosseguir na ação coletiva que não o Ministério Público, é necessária, também, sob pena de nulidade, a intimação pessoal com vistas dos autos do Ministério Público para assumir, no estado em que se encontra, o polo ativo da demanda, em qualquer grau de jurisdição, nos termos do 9º da Lei federal n. 4.717/65, cujo preceito é aplicado analogicamente a todo o microssistema único coletivo, na melhor exegese do art. 112 do CDC e do art. 5º, 3º, da LACP, bem como nos termos do artigo 10 do CPC.

2.3 Ciente o Ministério Público e não manifestando interesse em prosseguir com a demanda coletiva, é necessário que a jurisdição, verificando serem infundadas ou equivocadas as razões (se existentes) ou inexistentes as razões, antes de promover a extinção do feito sem julgamento de mérito, dê vista dos autos ao Procurador Geral de Justiça, por aplicação analógica ao art. 28 do CPP.

Antônio Joaquim S. Fernandes

Procurador de Justiça

Ana Paula Mendes Rodrigues

Procuradora de Justiça

Antônio Sérgio Rocha de Paula

Procurador de Justiça

Geraldo Magela Carvalho Fiorentini

Procurador de Justiça

Gisela Potério Santos Saldanha

Procuradora de Justiça

Jacson Rafael Campomizzi

Procurador de Justiça

Luciano França da Silveira Júnior

Procurador de Justiça

Marcos Tofani Baer Bahia

Procurador de Justiça

Mônica A. B. C. Fiorentino

Procuradora de Justiça

Nedens Ulisses Freire Vieira

Procurador de Justiça