

4. TÉCNICAS

4.1. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DE INTERVENÇÃO INDIVIDUAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA: CORREÇÃO DE SALDO DO FGTS

ELTON VENTURI
Procurador da República

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA 5ª VARA FEDERAL DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE CURITIBA – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARANÁ

Autos nº 94.00.15476-3, de ação civil pública (volume avulso)

Requerentes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e OUTROS

Requerida: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo Procurador da República *in fine* assinado, vem à presença de Vossa Excelência, tendo em vista o r. despacho de fls. a fim de dizer e requerer o que segue:

1. Trata-se de pedido de desistência de intervenção litisconsorcial formulada por diversos indivíduos que, tendo se habilitado como litisconsortes do Ministério Público Federal quando do ajuizamento da presente ação civil pública (por via da qual se pretende condenar a Caixa Econômica Federal a corrigir monetariamente os saldos de FGTS com a aplicação das diferenças dos índices dos planos econômicos), pretendem agora ajuizar ações individualizadas para o mesmo fim.

2. Como os autos da referida ação civil pública encontram-se no Supremo Tribunal Federal, em função da interposição do Recurso Extraordinário nº 387220, os pedidos de desistência foram inicialmente dirigidos para o Pretório Excelso.

Todavia, em despacho exarado nos referidos autos, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, sua Excelência determinou que os requerimentos de desistência mencionados “deverão ser examinados pelo juízo de 1º grau, ao ensejo da execução.”

Diante disso, compareceram os requerentes diante desta MM. Vara Federal para insistir na homologação da desistência.

3. Intimada a Caixa Econômica Federal para se manifestar quanto à pretensão dos autores, discordou dos pedidos de desistência sob a alegação de que a ação civil

pública se encontra em adiantado estágio processual e de que eventual aceitação da desistência dos requerentes não importaria em extinção da ação coletiva, uma vez que seu autor (o Ministério Público Federal) não requereu similar providência.

Vieram os autos ao Ministério Público Federal.

4. Pelo que se infere dos presentes autos, diversos indivíduos que outrora se habilitaram ao lado do Ministério Público Federal no pólo ativo da ação civil pública intentada contra a Caixa Econômica Federal, atendendo ao chamado do artigo 94 do CDC, pretendem agora deduzir judicialmente pedidos próprios, via ações individuais autônomas.

Todavia, para não se caracterizar a relação de litispendência entre as demandas individualmente propostas e a ação coletiva que ora aguarda julgamento em âmbito de Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal, estão tentando desligar-se da demanda coletiva, mediante pedidos de desistência inicialmente dirigidos ao Pretório Excelso e, agora, ao MM Juízo de 1º grau de jurisdição.

4.1. Inicialmente há que se ressaltar o equívoco do despacho do relator do recurso extraordinário (Ministro Gilmar Ferreira Mendes), ao imputar a competência para a análise dos pedidos de desistência das intervenções litisconsorciais ao juízo de primeira instância e, ainda assim, somente por ocasião das execuções.

Parece evidente, *data venia*, que a competência para analisar referidos requerimentos de desistência é do órgão jurisdicional no âmbito do qual tramita o feito (*in casu*, o STF). No mais, não se afeiçoa razoável postergar-se a análise das desistências a um momento processual que sequer se sabe se efetivamente ocorrerá (execuções individualizadas) e a um juízo que não se sabe se voltará a atuar no feito (juízo de primeira instância).

Ainda que fosse para indeferir os pleitos de desistência, *ad argumentandum tantum*, sob a justificativa de que o regime do CPC não permite, após o proferimento da sentença monocrática, a desistência da ação mas tão somente a desistência do recurso interposto (CPC art. 501), tal atribuição cabe ao Tribunal perante o qual se processa o recurso respectivo.

4.2. Entretanto, a hipótese versada nos presentes autos se revela ainda mais peculiar, na medida em que *não se trata de apreciar pedido de desistência de um autor em uma ação individual, mas sim, pedidos de desistência de intervenções litisconsorciais deferidas segundo o regime do artigo 94 do CDC*.

Vale dizer, trata-se de avaliar quem, quando e como deve decidir sobre tais pedidos de desistência, tomando em conta, antes de tudo, a pretensão dos desistentes em ajuizar demandas individuais próprias, sem que seja contra si caracterizada a relação de litispendência entre a demanda coletiva e a individual fundadas no mesmo objeto.

5. As respostas às mencionadas indagações só podem ser alcançadas com exatidão *mediante uma adequada interpretação e aplicação do microsistema de tutela coletiva*, integrado pela conjunção da Lei nº 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e da Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), utilizando-se o regime do CPC apenas em caráter subsidiário e supletivo, no que couber.

Neste sentido, importa destacar, preliminarmente, a natureza jurídica da intervenção dos indivíduos em ação coletiva que busca tutela r interesses individuais homogêneos, tal como se afigura a ação coletiva proposta pelo Ministério Público Federal visando a obtenção da correção monetária dos saldos de FGTS depositados junto à demandada (CEF), tendo em vista os indevidos expurgos determinados pelos subseqüentes planos econômicos.

Segundo a própria letra do art. 94 do CDC, ao se habilitarem ao lado do autor da demanda coletiva, as vítimas e ou sucessoras do evento lesivo objeto da ação coletiva acabam adquirindo o *status* de litisconsortes ativas facultativas ou, quando não, de assistentes litisconsorciais do autor, o que, de toda forma, lhes acarreta a submissão à coisa julgada material ao final do processo, tanto em hipótese de procedência como de improcedência da demanda.¹

A adesão à demanda coletiva, nos termos do art. 94 do CDC, constitui mera faculdade das vítimas e sucessoras. Aliás, destaque-se que em sede de direitos individuais homogêneos (como o caso dos autos), a tutela coletiva revela-se adicional à individual, e nunca substitutiva, desde que respeitadas as condições estabelecidas pelo próprio sistema do CDC.

Anote-se, ainda, que ao aderirem ao pólo ativo da demanda coletiva, vítimas e sucessoras não estão autorizadas a deduzir pretensão própria específica. Melhor explicando, a adesão que é viabilizada pelo art. 94 do CDC tem por único objetivo pragmático o auxílio à entidade legitimada na comprovação da responsabilidade civil do demandado, com vistas à expedição da sentença condenatória genérica, prevista no art. 95 do CDC.

Vale dizer, as vítimas e sucessoras, quando se habilitam em demandas coletivas (art.

¹ Sobre o tema: VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 304 e seguintes.

94 do CDC), em verdade não deduzem pretensões individualizadas próprias, não equivalendo, portanto, o ato de adesão ao pólo ativo ao ajuizamento de demanda individual.

Entretanto, uma vez que passam a figurar no pólo ativo da ação coletiva, necessariamente as vítimas e sucessoras não podem ajuizar, paralelamente, ação individual fundada no mesmo objeto (pedido e causa de pedir) e contra o mesmo demandado, sob pena de se caracterizar a litispendência.

Neste passo, pois, em pretendendo deduzir pretensão própria e individual, aqueles que já se habilitaram na ação coletiva devem dela se desligar, viabilizando, assim, a empreitada individual.

Surge, justamente aí, uma dúvida não equacionada expressamente pelo microssistema de tutela coletiva (LACP e CDC): como e até que momento os indivíduos já habilitados em demanda coletiva podem dela se desligar, no intuito do ajuizamento de ação individual.

6. Para obter a resposta apropriada, importa destacar inicialmente a regra contida no art. 104 do CDC, de extrema importância para se compreender como podem conviver ações coletivas com ações individuais versando sobre o mesmo objeto. Segundo referida norma, inexistente litispendência entre umas e outras, “mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

Depreende-se, assim, que *a escolha pelos resultados da tutela coletiva ou de uma tutela individual é direito da vítima ou sucessora*. Aliás, trata-se de *direito potestativo*, eis que o pedido de suspensão da ação individual (ou até mesmo de desistência de tal demanda) para fins de aproveitamento dos resultados de uma ação coletiva independe de qualquer anuência do demandado.

Este parece ser, de fato, o aspecto mais relevante a ser suscitado para fins de interpretação e solução quanto aos pedidos de desistência ora analisados.

Muito embora o CDC apenas trate, expressamente, da hipótese de vítimas e sucessoras que ajuizaram demandas individuais e somente após são cientificadas da concomitância de ação coletiva correlata (quando então a elas se deve abrir o prazo de 30 dias para que optem pela suspensão ou não de suas demandas individuais), tal regra estabelece uma premissa insofismável: *a de que vítimas e sucessoras têm*

direito a escolher se vão a juízo individualmente ou se aguardam o resultado da demanda coletiva.

Assim sendo, parece correto interpretar que mesmo já tendo as vítimas e sucessoras se habilitado em demanda coletiva ao lado do autor (atendendo ao chamado do art. 94), podem se desligar da ação coletiva *a qualquer tempo*, uma vez que, reitere-se, o microsistema de tutela coletiva erige verdadeira opção pela escolha da demanda coletiva ou da individual.

Mais do que isso, tal opção, *para além de ser retratável ao menos uma vez* (é o que se infere do art. 104 do CDC), *constitui direito potestativo do indivíduo, independentemente, portanto, de anuência do demandado da ação coletiva.*

Com efeito, não parece correto nem adequado aplicar-se no caso em exame os mesmos postulados incidentes em hipótese de pretensão de desistência de ações individuais, quando então surge a limitação prevista pelo sistema do CPC no sentido de que, após a apresentação da contestação ou do encerramento do prazo para a defesa do réu, a desistência da ação passa a depender da expressa anuência do demandado.

Como antes mencionado, a aplicação do CPC em sede de tutela coletiva deve se limitar à colmatação de eventuais lacunas e, ainda assim, desde que compatível com a principiologia do sistema de tutela dos direitos metaindividuais. Justamente por isso é que no caso dos presentes autos não é aplicável o regime do CPC, não se devendo abrir espaço para que o demandado possa recusar a pretensão de desistência da ação de vítima ou sucessora.

A impossibilidade de o demandado da ação coletiva opor-se à opção das vítimas e sucessoras em deixar de lado os eventuais resultados da tutela coletiva e buscar o acesso à justiça pela via individual, aliás, foi apreciada em recente julgado do TRF da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.
AÇÃO COLETIVA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DE
FILIADOS. CONDICIONAMENTO. INVIABILIDADE.
ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.
PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO. PERMISSIVO
DO ART. 515, § 3º, DO CPC LEGITIMIDADE PASSIVA
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS.
REAJUSTE DE 3,17%. LEI Nº 8.880/94. PLANO REAL.
RESÍDUO DEVIDO. LIMITAÇÃO TEMPORAL À
REESTRUTURAÇÃO DE CARGOS OU CARREIRA. MP

Nº 2.225/2001. COMPENSAÇÃO COM PAGAMENTOS ADMINISTRATIVOS EFETUADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SERVIDORES DESISTENTES. INEXIGIBILIDADE.

1. Considerando que a coisa julgada da ação coletiva não beneficia o demandante que prossegue no feito individual com idêntico objeto, tornando inócuo para este a tutela proferida na ação coletiva, nos termos do disposto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, de aplicação analógica na espécie, desarrazoada se afigura a exigência da ré de condicionar a aceitação da desistência dos filiados da associação-autora à renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação. [...] (TRF da 1ª Região, 1ª Turma, AC 199938000211493/MG, j. 16.4.2008, DJF1 06.5.2008, p. 13, rel. Des. José Amílcar Machado)

7. Aceitas as premissas supra lançadas, percebe-se que os ora requerentes sequer necessitariam verdadeiramente “pleitear” a desistência de suas participações litisconsorciais na ação civil pública que ora tramita junto ao Supremo Tribunal Federal em grau de recurso extraordinário. Basta que *expressem* tal intenção, seja mediante o imediato ajuizamento de ações individuais correlatas à coletiva, seja mediante a comunicação formal, do que ora se trata.

Tanto num caso como noutro, a mera manifestação de vontade da opção pelo chamado “*opt out*” já teria a consequência de excluí-los da demanda coletiva, afastando, assim, qualquer alegação de litispendência.

O TRF da 1ª Região, apreciando caso que se pode considerar similar ao dos presentes autos, entendeu que o fato de uma vítima ou sucessora ajuizar demanda própria, mesmo tendo ciência da existência de demanda coletiva correlata, por si só já caracteriza o *opt out* em relação aos resultados da ação coletiva, podendo, pois, tramitar normalmente a ação individual:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. REAJUSTE DE VENCIMENTOS, EM JANEIRO DE 1993 (28,86%). LEIS Nº 8.622/93 E 8.627/93 - AÇÃO COLETIVA E POSTERIOR AJUIZAMENTO DE LIDE INDIVIDUAL PELO SUBSTITUÍDO - LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA - SENTENÇA PROFERIDA CONTRA FUNDAÇÃO PÚBLICA - REMESSA OFICIAL - LEI Nº 9.469, DE 10/07/97.

I - A jurisprudência do egrégio STJ e da 1ª Seção do TRF/1ª Região entende que inexistente litispendência entre a lide

coletiva, com substituição processual, e ação individual ulteriormente ajuizada pelo substituído (REsp nº 45.987-7/SP, Rel. Min. Vicente Leal; CC nº 95.01.08975-4/DF, Rel. Juiz Jirair Meguerian).

II - À falta de norma legal regulamentando o assunto, aplica-se analogicamente o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90, ou seja, inoccorre litispendência entre a ação coletiva ajuizada pelo Sindicato, como substituto processual de seus filiados, e a lide individual do servidor substituído, em curso, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, mas, ciente o autor, neste processo, do ajuizamento da lide coletiva, não requereu a suspensão do presente feito individual, pretendendo, ao contrário, sua continuidade, pelo que não será alcançado pelos efeitos da coisa julgada ultra partes, na ação coletiva, a teor do aludido art. 104 da Lei nº 8.078/90.

III - Aplicação analógica, quanto à coisa julgada, do § 1º do art. 103 da Lei nº 8.078/90, ou seja, os efeitos da coisa julgada ultra partes da ação coletiva, ajuizada pelo Sindicato, como substituto processual de seus filiados, não prejudicam os interesses e direitos individuais dos integrantes da categoria, que poderão ajuizar ação individual com a mesma causa petendi e o mesmo pedido da lide coletiva julgada improcedente, com trânsito em julgado.

IV - Impossível haver, no mesmo processo, duas sentenças válidas, pelo que, afastadas as arguições de litispendência e de coisa julgada - acolhidas pelo decisor, quanto a alguns dos autores - impõe-se a anulação da sentença in totum, ou seja, em relação a todos os autores litisconsortes ativos, inclusive quanto àquele que teve a pretensão julgada pelo mérito.

V - Cabível a remessa oficial de sentença proferida contra fundação pública, na vigência da Lei nº 9.469, de 10/07/97.

VI - Apelação provida. Sentença anulada.

VII - Remessa oficial prejudicada.

(TRF 1ª Região, 2ª Turma, AC 199801000822053/RO, j. 04.9.2001, DJ 10.10.2002, p. 79, rel. Dês. CARLOS MOREIRA ALVES)

8. Por fim, uma vez se desatrelando da demanda coletiva, as vítimas e sucessoras ora requerentes estão livres para pleitearem similar benefício contra a CEF em demandas individualizadas, sem que se possa suscitar litispendência, como já pacificou a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. **LITISPENDÊNCIA** INOCORRENTE. LEIS NºS 7.347/85 E 8.078/90. CPC, ART. 301.

1. A litispendência não se configura entre ação individual, objetivando atualização monetária do saldo das contas do FGTS, e ação civil coletiva visando sentença condenatória genérica. 2. Jurisprudência reiterada. 3. Recurso improvido. (STJ, 1ª Turma, REsp 172905/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 08.09.1998, DJ 03.11.1998, p. 43)

9. Por todo o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal *favoravelmente à desistência das intervenções litisconsorciais* havidas nos autos da ação civil pública (sobretudo por se tratar de direito potestativo das vítimas e sucessoras requerentes), mediante homologação do referido pedido no âmbito deste MM. Juízo Federal, com a subsequente comunicação ao Supremo Tribunal Federal para fins das anotações concernentes.

Curitiba, 13 de junho de 2008.