

DELIMITANDO DIREITOS EM PROCESSOS COLETIVOS

Diogo Palau Flores dos Santos

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogado da União. Professor do Centro Universitário IESB.

Paulo José Leite Farias

Pós-doutor pela Universidade Boston. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito e Estado pela Universidade Brasília (UnB). Promotor de Justiça – MPDFT. Professor do Centro Universitário IESB.

171

Resumo: O presente artigo procura estabelecer elementos que propiciem uma correta identificação dos direitos em processos coletivos. Em que pese os avanços teóricos e conceituais dos interesses e direitos coletivos, ainda persiste problemas práticos, que colocam em discussão as razões pelas quais se fundam os conflitos desse tipo. Importa que haja uma revisão crítica dos institutos processuais de forma a permitir primeiramente identificar do ponto de vista prático o direito material em discussão para somente então se precisar os resultados práticos dos direitos coletivos.

Palavras-chave: Classificação de Direitos. Processos Coletivos.

Abstract: This paper seeks to establish elements that provide a correct identification of rights in collective processes. Despite the theoretical and conceptual advances the interests and collective rights, there is still practical problems, which put in discussion the reasons are based conflicts of this kind. There must be a critical review of procedural institutes to enable first identify the practical point of view the right stuff under discussion for only so if you need the practical results of collective rights.

Key-words: Classification of Rights . Collective processes.

Sumário: I. Introdução. II. Revisão crítica dos institutos processuais: afinal para que serve o direito processual? III – Revisão crítica da classificação dos direitos em processos coletivos. IV – Em busca de um lugar seguro: tentativa de sistematização para a realização dos direitos. V – Referências.

1. Introdução

Hodiernamente é relativamente incontroverso que se deva dar um tratamento coletivo para tipos de conflito que suscitam discussões judiciais. Já há bastante tempo que se percebeu que o processo civil “clássico” (expressão aqui utilizada para se referir à Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

normatização desenvolvida basicamente com e a partir do Código de Processo Civil de 1973) não poderia servir de base para o tratamento de demandas que ultrapassam os interesses das pessoas individualmente consideradas.

Os “práticos do Direito” (expressão aqui utilizada para referir todos aqueles que trabalham com a aplicação de normas jurídicas para a solução de conflitos) já haviam percebido que os conceitos tradicionais da propalada “Teoria Geral do Processo” não encontravam suporte na realidade das demandas; a denominada “trilogia fundamental do processo”, que envolve o estudo da “ação”, “jurisdição” e “processo”, evidenciavam não garantir ao jurisdicionado que o direito vindicado fosse de fato efetivado e realizado por intermédio do Estado-Juiz.

Deve-se considerar que os práticos do Direito nem sempre possuíam essa percepção de forma nítida, considerando que se mantinha um nível de atuação cotidiana ainda com elementos das pressuposições acadêmicas acima referidas, onde de regra se buscava conciliar o processo civil clássico com as demandas que ultrapassavam os direitos individualmente considerados. Não havia espaço para uma abertura teórica dentro de um ambiente prático, porquanto o risco inexorável era exatamente o prejuízo da parte em juízo.

Da mesma forma, paralelamente a esse fenômeno (no sentido etimológico do termo, de *fai nomenon*, “algo que se apresenta”) é que surgem as discussões acadêmicas, não exatamente coincidentes temporalmente, mas que podem ser identificadas dentro de um mesmo corte de abordagem temática, qual seja a judicialização de demandas transindividuais. Nesse ponto é que entram as concepções desenvolvidas pelos “teóricos do Direito” para analisar as demandas que se apresentavam no sentido de solucionar conflitos de interesses que não poderiam ser identificados *a priori* ou que, embora o pudessem, não se poderia precisar com exatidão a extensão dos direitos adjacentes.

A dupla abordagem do fenômeno (prática e teórica) desencadeou resultados úteis à sociedade, como a edição da Lei da Ação Popular (Brasil, Lei 4.717, 1965), Lei da Ação Civil Pública (Brasil, Lei 7.34, 1985), Código do Consumidor (Brasil, Lei 8.078, 1990), Lei da Improbidade Administrativa (Brasil, Lei 8.429, 1992), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, 1990), Lei da Pessoa Portadora de Deficiência (Brasil, Lei 7.853, 1989), Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (Brasil, Lei 7.913, 1989) e Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica -

Antitruste (Brasil, Lei 8.884, 1994, hoje revogada pela Lei 12.529, 2011), que passaram a formar um propalado “sistema” de proteção coletiva de direitos. Entretanto, deve-se ressaltar que o ápice legislativo sem dúvida fora com o Código do Consumidor, principalmente ao enumerar as espécies de direitos em difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único). Contudo, a perspectiva de se analisar o objeto com as perspectivas da Teoria Geral do Processo que encontra esteio no processo civil clássico acarretou numa aparente contradição de institutos jurídicos sem uma realização sensível dos direitos em discussão.

Com efeito, tornou-se lugar comum se criticar ou delimitar em que nível os institutos da legitimação, representação, efeitos e extensão da coisa julgada poderiam ser aplicados aos processos transindividuais. Uma das principais discussões seriam os problemas adjacentes de litispendência, porquanto já se consagrara como um postulado de que não haveria que se considerar que uma demanda individual seria igual a uma demanda coletiva. Um exemplo hipotético poderia bem ilustrar a problemática: um sindicato *X* de uma determinada categoria profissional de servidores públicos *Y* propõe uma demanda em face da União; paralelamente um servidor *Z* da mesma categoria profissional *Y* propõe uma demanda com os mesmos pedidos também em face da União. Nesse caso hipotético, trabalhando com os conceitos na forma clássica não haveria litispendência (art. 337, §1º, CPC/2015), porquanto as partes formalmente consideradas não são as mesmas; da mesma forma, não haveria litispendência, pois não haveria a ocorrência dessa situação em caso de comparação de processos coletivos e processos individuais (art. 104, CDC).

Em que pese o resultado teórico dessa abordagem seja bastante útil para a condução dos processos, uma vez que traduz um direcionamento bastante objetivo de como os tribunais devem agir, cria um problema prático de ordem substancial no caso de procedência dos pedidos em ambos processos, qual seja eventual pagamento em duplicidade pela União ao servidor *Z*, visto que os dois processos teriam o seguimento não obstaculizado. Nessa situação, poder-se-ia admitir que o servidor *Z* poderia inclusive escolher a melhor situação processual de acordo com os seus interesses, abrindo mão de um título executivo. Essa seria uma hipótese de se evitar constrangimentos práticos, mas que ainda precisaria passar pelo crivo de um refinamento da essência da defesa coletiva de direitos, conforme se pretende fazer neste trabalho.

Seja como for, é corrente na doutrina se analisar a situação processual de acordo com o resultado final do processo, sintetizada na expressão *secundum eventum litis*, que significa afirmar que, em caso de procedência dos pedidos haverá coisa julgada, sendo o comando do dispositivo imutável e *erga omnes*, ou seja, independentemente de terem participado formalmente da relação processual. Entretanto, em caso de improcedência dos pedidos, tem-se que analisar uma outra particularidade: a sentença de improcedência ocorrerá por falta de provas, não haverá coisa julgada, já se for por outro motivo que não a falta de provas, haverá a coisa julgada. No primeiro caso (falta de provas), outra ação civil poderia ser proposta, desde que fundada em novas provas. Pois bem, nesse cenário, no exemplo referido acima, se há uma decisão judicial na demanda proposta pelo sindicato X julgando improcedente os pedidos e uma decisão favorável na demanda ajuizada por Z, qual deveria prevalecer?

Em que pese haja elementos dogmático-epistêmicos (conforme se voltará a referir mais a frente) que procurem resolver o cenário acima, por exemplo, no sentido de que o pressuposto da existência de um processo coletivo é proteger os direitos e não impedir o seu exercício e que por essa razão deveria prevalecer a decisão individual, a situação não é tão simples de se revolver como se apresenta, porquanto haveria de fato uma decisão desfavorável para toda uma categoria, uma contradição entre duas coisas julgadas, que a Teoria Geral ainda não resolvera.

É bem verdade que há sérias controvérsias na doutrina sobre esse segundo problema (coexistência de coisas julgadas antagônicas), contudo, este não é o cerne do presente trabalho, mas sim, procurar revisitar de forma crítica a proteção coletiva de direitos de forma que haja uma adequada resposta prática.

2. Revisão crítica dos institutos processuais: afinal para que serve o direito processual?

A propalada Teoria Geral do processo representa uma tentativa de teorização e classificação de conceitos e institutos que seriam aplicáveis e utilizáveis de forma geral e abstrata em qualquer ordenamento jurídico. Evidencia-se, assim, uma concepção pretensamente científica que procura enunciar conceitos relacionados à função do Estado em solucionar conflitos coercitivamente.

Nesse sentido, esclarecem Henrique Araújo Costa e Alexandre Araújo Costa

Inspirados na Jurisprudência dos Conceitos germânica (também chamada de Escola Pandectística), os processualistas tipicamente partem do pressuposto de que a análise do direito positivo permite a identificação das categorias fundamentais do processo e que, uma vez devidamente esclarecidos esses conceitos, eles podem ser recompostos na forma de um sistema unitário e coerente de conhecimentos.

Essa tendência à abstração universalizante se mostra especialmente forte no cuidado com que os juristas constroem definições rigorosas e estabelecem largos debates sobre os limites dessas conceituações, gerando uma infundável sequência de taxonomias: pressupostos processuais, condições da ação, tipos de sentenças, modalidades de provimentos judiciais etc. Nesses debates, não se busca apenas uma classificação dos elementos presentes em um direito positivo, mas a elaboração de categorias abstratas que deveriam orientar os legisladores na elaboração das leis processuais e os juízes no processo de aplicação. Assim, o discurso processual nunca se constituiu como uma mera explicação do direito vigente, pois ele sempre esteve envolvido na busca de parâmetros para o exercício adequado da legislação e da jurisdição (COSTA; COSTA, 2001, p. 1).

Revela notar que os teóricos do direito processual utilizam os conceitos categorizados para o fim de analisar ou inspirar as reformas legislativas, num propósito nitidamente cientificizante, portanto, com pretensão de validade, para o fim de direcionar o acerto ou desacerto da empreitada normativa:

Um reflexo dessa perspectiva é o fato de que os processualistas avaliam a qualidade das leis que reformam o sistema processual tomando como parâmetro a medida em que elas se amoldam ao quadro conceitual dominante, o que permite classificá-las como técnicas ou atécnicas. Curiosamente, é nesse enfoque prescritivo que se costuma identificar o caráter científico da teoria processual, pois essas concepções se apresentam como científicas na medida em que conformam um discurso dogmático prescritivo baseado na sistematização de certas categorias às quais se atribui uma validade universal, em virtude de seu pretenso caráter racional.

As principais categorias que constituem esses sistemas conceituais são aquelas que integram a chamada trilogia estrutural: ação, jurisdição e processo. Mas várias outras categorias teóricas entram no mesmo espaço: lide, conflito e interesse, por exemplo. Entende-se que essas categorias não são determinadas pela experiência histórica, mas que elas mantêm uma forma definida ao longo da história. Portanto, os direitos positivos não as alteram, limitando-se a regular os modos de sua concretização em cada contexto social.

Aqui, é evidente a influência do platonismo, que busca uma ciência das formas ideais, que permanecem na base da experiência, mesmo que os conteúdos sejam definidos por decisões políticas circunstanciais. Também é marcante a influência da perspectiva more geométrico de pensadores como Espinosa e Leibniz, que inspiram a posição formalista e sistemática dos pandectistas alemães, que tratam os conceitos como elementos independentes da realidade social em que afluam. O puro conceito, como os conceitos matemáticos, transcende a realidade em que ele é captado e constitui um elemento cuja

permanência possibilitaria um conhecimento científico do direito. (COSTA; COSTA, 2011, pp. 1-2)

A percepção de uma tentativa de cientificização de institutos processuais é também encontrada de forma geral nos sistemas de *civil law* através de seu desenvolvimento histórico de processos de codificação de normas jurídicas, porquanto, haveria um esforço de tornar textualmente normativo o que se desenvolvia na prática de solução de conflitos.

Exemplo dessa constatação é o ocorrido com o Direito Civil, conforme se verifica na argumentação de Ricardo Manuel Rojas ao analisar a influência da criação da ordem espontânea no Direito, com os problemas advindos do processo de codificação, porquanto se tiraria a essência da razoabilidade de se criar a norma no caso concreto:

Originalmente, el derecho romano tuvo una evolución similar a la del common law anglosajón, desarrollada a partir de la solución de conflictos concretos por parte de los pretores, con el asesoramiento de los expertos em derecho. Esta tradición fue compilada y codificada por orden del emperador Justiniano em 529, incluyendo tópicos como el derecho de las personas, familia, sucesiones, propiedad, responsabilidad por daños, enriquecimiento ilícito y contratos. La mayoría de los códigos civiles sancionados a partir del siglo XVIII trataron sustancialmente los mismo temas, y todos ellos fueron incluidos em lo que se dio em llamar el “derecho civil” (ROJAS, 2004, p. 84).

Ressalte-se que é a partir da inspiração das correntes filosóficas iluministas e racionalistas, surgiu o positivismo jurídico, mitigando hipóteses que deveriam ser propiciadas pela interpretação a ser realizada de forma racional em cada situação de conflito:

Esta concepción respecto de los Códigos tuvo como consecuencia necesaria al llamado “positivismo jurídico”, nacido em la convicción de que, al encarnar los códigos la totalidad de la sabiduría jurídica susceptible de ser alcanzada mediante la razón, constituían una normatividad intrínsecamente perfecta y justa; por primera vez em la historia, razón y legislación positiva coincidían. Por ello se pretendía a toda costa evitar que mediante la interpretación de los textos legales se alterara esse desiderátum de perfección racional jurídica; de allí la conocida frase de Napoleón acerca de que toda interpretación a su código era ‘susceptible de ideología subversiva y principio de anarquía’ (ROJAS, 2004, p. 97).

Pode-se afirmar que havia no processo de codificação uma abordagem pragmática de se encontrar soluções preestabelecidas para casos de conflitos considerando a experiência romanista; uma solução prática que fora utilizada para resolver um determinado caso passara a ser uma regra generalizante para casos futuros. Em que pese se possa identificar os problemas dessa empreitada, era o que se tinha como inspirador das correntes do início do século XIX, no sentido de se tentar construir uma ciência jurídica, apta a estabelecer categorias ideais e pretensamente universais:

Tratava-se de um momento em que somente era reconhecida a cientificidade de conhecimentos que tratassem de objetos imutáveis, como as leis da física, da química e da biologia. Fora disso, haveria arte, haveria técnica, mas não haveria ciência propriamente dita. Por isso mesmo é que a chamada ciência do processo tem origem em uma tentativa de “absolutizar as instituições processuais, desligando-as de seus compromissos históricos”. Essa perspectiva introduz no pensamento jurídico uma intensa busca por formalização, já que a forma seria o elemento permanente e universal dos objetos empíricos.

Nesse quadro, as múltiplas contingências do processo histórico somente se mostram inteligíveis na medida em que elas são apreendidas por meio das formas que estruturam a realidade. Assim como a química era uma ciência analítica que decompunha a matéria em elementos mais simples para compreender as suas relações, a ciência jurídica deveria decompor o direito em seus elementos constitutivos (os conceitos), com o objetivo de identificar os elementos fundamentais que estruturam a forma da realidade. Esse projeto gerou uma profunda revisão dos conceitos jurídicos, que adquiriram um patamar até então desconhecido de rigor e precisão.

Atualmente, tendemos a compreender que isso foi uma mudança no próprio discurso jurídico, que passou a ser mais rigoroso e sistemático. Naquele momento, porém, os juristas consideravam que estavam descobrindo os conceitos fundantes, desvendando a estrutura formal do direito e desenvolvendo sistemas de conhecimento que refletiriam a própria sistematicidade do mundo. A veracidade das proposições jurídicas era apresentada como uma decorrência do rigor na definição das categorias teóricas, que deveriam ser válidas de maneira universal, em virtude de seu caráter formal. Por se tratar de conceitos racionais percebidos pela razão, poderíamos pressupor que eles se encontram concatenados em um sistema coerente de princípios. Com isso, seguiríamos a intuição sistêmica de Hegel, para quem tudo que é racional é real, de tal modo que, se um conceito é racionalmente necessário para explicar uma realidade, então ele deve ser reconhecido como uma explicação real do mundo. (COSTA; COSTA, 2011, p. 3-4).

Voltando à reflexão sobre os institutos processuais, um exemplo característico da percepção de uma categoria ideal é a próprio conceito de ação, que seria abstrata, distanciando-se do direito material, especialmente após os estudos de Oscar Von Bülow: para explicar a atuação jurisdicional nos casos paradoxais de não acolhimento dos pedidos

havia que se explicar a existência de uma outra relação jurídica diversa da de direito material, nesse ponto entra em cena a relação jurídica processual.

Interessa notar que essa perspectiva vai ao encontro justamente da abordagem científica do direito, que estava a emergir com o positivismo, que atualmente se encontra em declínio.

A questão fundamental que se coloca para o presente trabalho se resume a considerar que as categorias e institutos processuais desenvolvidos pelos teóricos do direito acabam por amarrar saídas para soluções práticas da vida real. Essa é razão pela qual se tem debates sobre aspectos relacionados aos pressupostos teóricos do direito processual clássico que não deveriam servir de base para demandas coletivas. Contudo, ao se colocar esse aspecto em discussão, que de fato representa uma solução no sentido de se abandonar algumas categorias ideias, em verdade acaba por criar outras também abstratas que não resolvem os problemas do cotidiano de solução de conflitos. O exemplo referido acima é bastante em si: há ou não litispendência entre uma ação coletiva e ação individual? Perceba-se que a idealização de uma saída prática como o enunciado de que “não há litispendência entre uma ação coletiva e uma ação individual” parte de uma idealização diversa da que fundamentara a essência do conceito de litispendência (de lide em curso; lide pendente); rompe-se com o conceito abstrato como um mecanismo de manutenção da abstração. Contudo, a questão central é colocada ao inverso, pois o problema persiste: alguém pode receber duas vezes pelo mesmo direito? Alguém pode ser beneficiado em uma demanda sendo que em outra o seu direito fora negado?

Portanto, não é com a simples definição prévia da categoria jurídica do instituto processual que se poderá resolver os problemas práticos de solução de conflitos, conforme se demonstra mais à frente ao se abordar a classificação legal de direitos em processos coletivos.

Com efeito, o cerne de que se deve revestir a atenção dos teóricos do direito é em que medida os estudos do direito processual podem servir de utilidade para a resolução de conflitos na sociedade; deve-se considerar que a estrutura normativa de um sistema jurídico não é algo em si, mas que deve servir de base para a facilitação do cotidiano, criando mecanismos de estabilização de expectativas na sociedade.

Nesse aspecto, o direito processual civil entra em cena como um instrumento de que se vale o sistema jurídico em sentido amplo como um mecanismo de garantir a

aplicação desse mesmo sistema; não é por outra razão que ganhara relevo as perspectivas de instrumentalidade do processo, da tutela jurisdicional diferenciada ou do propalado “princípio” de primazia de resolução do mérito que teria sido incorporado pelo novo Código de Processo Civil.

Ainda nesse enfoque, os institutos de direito processual não poderiam ser previamente categorizados para o fim de se chegar a uma conclusão, numa linha argumentativa eminentemente cartesiana, mas sim, de se perceber a correta identificação do problema de modo a se permitir uma também adequada solução dos conflitos na sociedade.

Obviamente que há que se considerar igualmente as disposições normativas de acordo com historicidade de suas pressuposições, porquanto não haveria como se admitir um regramento de procedimento casuístico para demandas aleatoriamente, porquanto isso revelaria uma forma velada de arbítrio estatal, que colocaria em xeque o próprio sistema jurídico como um todo. Com efeito, se as disposições normativas processuais têm por escopo a aplicação de normas de conduta na esfera cotidiana de uma sociedade, qualquer hipótese que propiciasse um alargamento demasiado das condições de sua aplicação poderia ser razão suficiente para o aniquilamento de todo o sistema normativo: há que se ter uma integridade histórico-conceitual de modo a se preservar a mesma integridade histórico-conceitual das normas a se aplicar a uma dada situação social.

Portanto, há uma tensão imanente entre o reconhecimento de dada realidade, que não deve pressupor aprioristicamente uma categorização prévia de um instituto processual, e a consideração de que como se interpreta ordinariamente o eventual conflito posto em consideração. Essa tensão possui relevância na medida em que procura fundir em uma mesma abordagem a integridade da norma jurídica e a correta interpretação do problema na realidade, funcionando de forma indireta como condição de possibilidade para estabilização de expectativas na sociedade.

Lançadas essas considerações, importa analisar as categorizações feitas hodiernamente para a solução de conflitos em demandas coletivas, que se passa a fazer no tópico seguinte.

3. Revisão crítica da classificação dos direitos em processos coletivos

Conforme acima exposto, não seria a categorização prévia do instituto jurídico a forma correta para a solução do problema, mas sim a identificação correta do fato na realidade para identificação da situação jurídica; de regra, não é o direito que molda o fato, mas sim este que identifica os contornos da norma a aplicar.

Contudo, a título de advertência, deve-se considerar que o direito pode funcionar como elemento influenciador dos fatos, essa foi a razão pela qual se utilizou a expressão acima “de regra”. Essa característica ocorre quando, a depender das condições que se apresentam o problema fático, acaba por exigir do intérprete uma modificação hermenêutica do que até então se considerava na prática; essa hipótese possui o condão de influir em situações fáticas futuras, contudo, posteriormente sempre haverá um fato que será levado em consideração para se aplicar uma norma jurídica, confirmando-se, assim, a regra de que o fato precede à norma.

Considere-se, ainda, um segundo ponto (advertência da advertência): mesmo nas hipóteses de alteração fática pelo direito, primordialmente leva-se em consideração a historicidade, ou seja, não se poderia ignorar arbitrariamente o conteúdo semântico adquirido pelo acúmulo normativo herdado das diversas situações em que se aplicara a norma jurídica em fatos semelhantes. Caso isso fosse permitido, haveria um rompimento epistemológico do problema, porquanto negaria em essência a própria aplicação do Direito, com severas consequências práticas, como a desconsideração do regime democrático e o Estado de Direito.

Voltando à pressuposição lançada neste trabalho (fatos *a priori*, direito *a posteriori*), não seria adequado primeiramente se identificar a classificação dos direitos em juízo para o fim de delimitação da controvérsia.

A título de problematização, considere-se a distinção que a doutrina faz entre interesse público primário e secundário:

Renato Alessi faz a seguinte distinção: o interesse público, visto substancialmente como o bem geral, pode ser referido como: interesse público primário; por sua vez. O modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse público, pode ser chamado de interesse público secundário. Ora, nem sempre um e outro são uma só e mesma coisa.

Poderia, aparentemente, causar espécie que o interesse público, visto pelos órgãos da Administração, possa não coincidir com o efetivo interesse da

comunidade. Seria, entretanto, mera ficção supor que o contrário sempre ocorresse. A construção de uma hidrelétrica, de uma usina atômica ou de um aeroporto em lugar menos propício; um conjunto de medidas de natureza econômica; a declaração de guerra entre países - nem sempre tais decisões significarão, necessariamente, o melhor para a comunidade, até mesmo quando aja de boa-fé o administrador. Tanto assim que, não raro, os governantes que se sucedem reconsideram decisões, revêem planos, abandonam projetos encetados: o próprio povo freqüentemente rejeita nas urnas as linhas de recente atuação governamental (MAZZILLI, 2011, p. 1211)

Essa citação é tranquilamente aceita no sentido de separar o interesse patrimonial do Estado com o interesse da coletividade, contudo, a análise deve ser melhor empreitada. Com efeito, tome-se o exemplo da construção de uma usina hidrelétrica, adotando-se como referência a citação acima. Não é pelo fato que haja grupos que são contra a construção de uma usina hidrelétrica pelo Estado que se pode dizer que existe uma diferenciação entre interesses públicos; o que se pode dizer é que há conflito de interesses, somente e sem qualificação de ser público ou individual. Contudo, a partir do momento em que esses interesses entram em esfera de colisão por intermédio de correntes interpretativas é que se passa a ter a tensão entre elas, mas o próprio Direito adotará ou criará uma interpretação para solução do conflito. E essa solução será feita pelo Estado, por intermédio de sua função jurisdicional.

Perceba-se que a discussão judicial a ser travada judicialmente pode ser feita em face do Estado: *a)* por um grupo de pessoas, *b)* por um indivíduo apenas ou *c)* por um órgão do próprio Estado, como o Ministério Público. Seria tranquilamente admissível que, caso a ação judicial contra a construção da usina hidrelétrica tivesse sido proposta pelo grupo de pessoas, como uma associação que visa a proteção ambiental, ou pelo Ministério Público, a demanda em questão seria tratada como se de interesse público fosse, portanto coletiva. Contudo, na hipótese de um só indivíduo a postular em juízo a paralização da obra, cria-se um complicador para o tratamento coletivo do caso. A dúvida poderia ser suplantada caso o instrumento de questionamento judicial fosse uma ação popular, considerando sua inclusão no microsistema de processo coletivo. Ocorre que referida situação não responderia ao problema principal, porquanto se resolve o tratamento coletivo pela forma – mecanismo utilizado pela parte para o processo judicial – e não pelo seu conteúdo.

Com efeito, ao se denominar de um processo que envolva e mereça o tratamento como coletivo pela simples razão da via eleita – no exemplo, a ação popular – acaba-se

por confundir o continente com o conteúdo: busca-se uma solução formal para o tratamento material. Ora, considerando a pressuposição aqui lançada (fatos *a priori*, direito *a posteriori*), não seria razoável essa conclusão; impõe-se outro tipo de investigação que não o simples tratamento do processo pela via eleita pela parte.

Perceba-se que aqui se problematizou pela perspectiva da propositura da demanda pelo indivíduo (item *b*) acima), mas a situação pode ser a mesma nos outros casos (itens *a*) e *c*) referidos acima), mas sob o enfoque inverso: uma ação civil pública proposta por uma associação ou pelo Ministério Público possuiria sempre o designativo de processo coletivo?

A jurisprudência responde negativamente a essa questão, quando se tornar evidente que o caso em questão atinge esferas de interesses eminentemente individuais:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 535 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. DEFESA DE INTERESSES PREDOMINANTEMENTE INDIVIDUAIS. INEXISTÊNCIA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. O descumprimento das exigências contidas nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 1º e 2º, do RISTJ impede o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional. 3. **O Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública na qual busca a suposta defesa de um pequeno grupo de pessoas - no caso, dos associados de um clube, numa óptica predominantemente individual.** 4. **A proteção a um grupo isolado de pessoas, ainda que consumidores, não se confunde com a defesa coletiva de seus interesses. Esta, ao contrário da primeira, é sempre impessoal e tem como objetivo beneficiar a sociedade em sentido amplo. Desse modo, não se aplica à hipótese o disposto nos artigos 81 e 82, I, do CDC.** 5. No caso, descabe cogitar, até mesmo, de interesses individuais homogêneos, isso porque a pleiteada proclamação da nulidade beneficiaria esse pequeno grupo de associados de maneira igual. Além disso, para a proteção dos interesses individuais homogêneos, seria imprescindível a relevância social, o que não está configurada na espécie. 6. Recurso especial provido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011a) (grifou-se)

Embora o cerne do julgado acima se refira à ilegitimidade do Ministério Público, a conclusão é pela impossibilidade de discussão judicial pela via da ação civil pública por não haver afetação à sociedade de forma geral. Interessa relevar, nesse aspecto, que o julgado também exige a característica da “impessoalidade” para a configuração do tratamento coletivo ao caso. “Impessoal” seria aquilo que não se refere exatamente a alguém em concreto, que não é “pessoalizado”, mais próximo de uma indeterminação ou

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

pela perspectiva mais abstrata que concreta. Isso não significa que a discussão judicial seja apenas teórica, mas que haja uma probabilidade real de se atingir um número de pessoas considerável ou indeterminável.

Contudo, poder-se-ia questionar, nesse sentido, se seria possível a discussão sobre a perspectiva coletiva quando se torna evidente que somente uma pessoa seria atingida no processo judicial. Veja-se, a título de problematização, o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. 1. Hipótese em que o Tribunal extinguiu, sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa ad causam, Ação Civil Pública em que o Ministério Público buscava o fornecimento de tratamento médico para pessoa determinada. 2. O art. 127 da Constituição da República e a legislação federal que trata das atribuições do Ministério Público o autorizam a agir em **defesa de interesses individuais indisponíveis, nos quais se insere o direito constitucional à vida e à saúde. Precedentes do STJ.** 3. **Na tutela do direito à vida e à saúde, o Parquet possui legitimidade ativa ad causam para propor Ação Civil Pública, ainda que a demanda beneficie, in concreto, pessoa determinada.** 4. **Não se cuida de legitimidade em razão de incapacidade ou hipossuficiência do sujeito diretamente interessado, mas de indisponibilidade do direito à saúde de modo geral e do interesse social em que seja garantida assistência a todos os que dela necessitem, o que se mostra plenamente compatível com a finalidade institucional do Ministério Público.** 5. Recurso Especial provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011b) (grifou-se)

Portanto, podem haver processos em que o direito em questão envolva tema de tal repercussão para a sociedade, notadamente pela caracterização do próprio direito enquanto valorado juridicamente, que a demanda passa a ser coletiva. O direito discutido em juízo possui tamanha repercussão que pode acarretar em diversos tipos de interpretações futuras, com impactos na sociedade na forma de aplicação daquele direito. Veja, que no julgado acima referido, a discussão seria pelo direito à saúde que, embora no caso concreto tenha somente uma pessoa em risco, a forma como Estado soluciona o conflito passa a ter uma dimensão extraprocessual, portanto, em conclusão, de interesse de toda sociedade, por conseguinte, coletiva.

Assim, pode-se afirmar que a relevância dos interesses em conflito representaria o designativo de “coletivo” sempre que de alguma forma afetar a sociedade. No exemplo da usina hidrelétrica, a política pública de geração de energia para atender ao interesse da população entraria em conflito, por exemplo, com o interesse de outro grupo populacional ribeirinho. Dada relevância da discussão, o interesse para a sociedade passa a ser de todos,

porquanto haverá a necessidade do Estado de decidir entre a concretização de uma política pública ou de garantir os direitos de um grupo. Assim, por duas razões principais há o interesse público presente (portanto, deve ser coletivo): 1º) a política pública seria de geração de energia para toda a população, e caso se decida pela sua não realização, afetará o interesse de todos os membros da sociedade; e 2º) o direito da população ribeirinha em garantir o seu sustento pelo rio onde vai ser construída a usina, que pode ser afetado consideravelmente por ocasião da realização do empreendimento, quiçá até aniquilado esse direito. Perceba-se que a relevância poderia ser ainda mais problematizada se no exemplo fossem aglutinadas variáveis ambientais, conforme acima já se assinalou, mas por aquelas duas razões já se poderia perceber se tratar de um processo que lida com o interesse público.

Portanto, embora se possa teoricamente estabelecer uma distinção entre interesse individual e público, na verdade somente o caso concreto pode atestar essa diferenciação, não se podendo afirmar somente com a subsunção do art. 81 Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, embora haja delimitação também a respeito da diferenciação entre os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a prática revela muita confusão, levando o judiciário a tratar não raras vezes como sinônimas em seus efeitos.

Aduz-se com frequência, com base no Código de Defesa do Consumidor, que pelo fato de algumas situações atingirem os interesses de uma categoria determinada ou determinável de pessoas e outras um número indeterminado de indivíduos para o fim de delimitar o direito em questão. Entender-se-ia como difuso os direitos se os titulares forem indeterminados (como o meio ambiente), como coletivos um grupo determinado ou determinável (como os consumidores de um produto), e direitos individuais homogêneos que decorreriam de uma origem comum.

Explica a doutrina:

O que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Ou seja, o tipo de pretensão que se deduz em juízo. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual. O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo),

ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor na economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual (NERY JUNIOR, 1997, p. 114-115).

Contudo, o fato é que na prática a discussão para essa delimitação é, por vezes, tormentosa, e a técnica da subsunção do fato à norma não se torna eficaz.

Em sentido semelhante a essa observação crítica já se pontuou:

A razão prática acima referida pode ser diagnosticada com um exemplo. O caso recente que discutia a legalidade do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM aplicado em 2011 revela o que se está aqui a problematizar. Decisões proferidas pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, Ceará e Pernambuco em desfavor União, todas questionando o ENEM, possuíam pontos de contradição que não poderiam ser no plano fático cumpridas, mas que, a prevalecer a redação do Projeto, possuiriam eficácia nacional. Não se está aqui a defender a inaplicabilidade do dispositivo do Projeto (muito pelo contrário, como se verá mais adiante), mas sim procurar demonstrar que mesmo em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu* pode haver confusão na prática com os direitos individuais no tocante ao cumprimento da decisão, considerando o critério do alcance subjetivo da coisa julgada *secundum eventum litis*, sem falar do problema prático de se procurar separar no plano concreto os direitos difusos dos coletivos *stricto sensu* ou dos individuais homogêneos (e neste caso, o exemplo do acidente do Bateau Mouche IV não serve mais) (SANTOS, 2012, p. 204-205).

Essa complexidade real acarreta em tratamento uniforme por parte das decisões judiciais dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer premissas para outros julgados que, em tese, não deveriam se aplicar com aquelas categorias de direitos.

Com efeito, nesse sentido, parcela da doutrina procura evidenciar a existência de “ações pseudocoletivas” e “ações pseudoindividuais”, com o intuito de manter os pressupostos de análises já categorizados tanto pela perspectiva individual quanto coletiva. As “ações pseudocoletivas” seriam aquelas onde “inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito”, ao passo que “ações pseudoindividuais” seriam aquelas

[p]romovidas por diversos indivíduos que detenham pretensão de repercussão coletiva do objeto da demanda, ante a sua indivisibilidade. Seria quando diversos indivíduos ajuizassem a mesma finalidade de pretensão de uma ação coletiva, uma vez que beneficiaria todas as pessoas que se encontrassem em uma mesma situação jurídica (SANTANA, 2012, p. 30).

Relativamente à primeira situação, pode-se apontar como exemplo:

[A] ação proposta por um sindicato para beneficiar certo número de trabalhadores para que sejam ressarcidos por prejuízos trazidos pela poluição sonora da fábrica onde trabalham, *verificando-se a situação pessoal de cada um*, como por exemplo, danos a audição verificados apenas em alguns funcionários expostos a mesma quantidade de decibéis. A ação, sob essa análise, apenas seria considerada coletiva se considerasse a responsabilidade da empresa como um todo pelo fato de estar produzindo poluição sonora (SANTANA, 2012, p. 28).

186

Portanto, somente com o caso concreto é que se pode fazer a distinção entre interesses individuais e coletivos, de modo a precisar a existência do interesse público em questão, e, portanto, um processo coletivo. Em sentido semelhante, também pontifica parcela da doutrina:

Caberá ao magistrado observar se a tutela terá repercussão coletiva ou não, para dar uma resposta à luz do que foi afirmado, com clareza e justiça, não importando se a demanda tem com pano de fundo interesse meramente individuais, pois estes sempre serão considerados obrigatoriamente.

[...]

Mais uma vez caberá ao magistrado corrigir tais erros, propositais ou não, dos operadores do direito, de modo a viabilizar o acesso a justiça. Para isso, seria interessante, e fica a proposta lançada, do aperfeiçoamento da fungibilidade das tutelas coletivas, de modo a que o direito, classificado tecnicamente como coletivo ou individual, seja realizado sob a mais lúdima justiça (SANTANA, 2012, p. 29-31).

Em que pese essa empreitada pelo aplicador da norma jurídica ao caso concreto não seja de fácil operação, deve-se considerar como um fim a ser perseguido em toda e qualquer demanda como uma forma de correta aplicação e realização de direitos na sociedade.

Em face das afirmações acima, importaria averiguar como as decisões judiciais têm enfrentado o tratamento coletivo, conforme se passa a fazer abaixo, adotando-se como metodologia-teste a problematização com um julgado do Superior Tribunal de Justiça.

4. Em busca de um lugar seguro: tentativa de sistematização para a realização dos direitos

Para uma problematização dos pontos lançados nos tópicos anteriores, nesta abordagem final se analisará um julgado do Superior Tribunal de Justiça, de modo a se identificar se em casos de processos coletivos está a ocorrer uma adequada correspondência prática para o fim de realização de direitos.

A razão pela qual se optara pela análise do julgamento abaixo se dá essencialmente por três razões: 1) trata-se de tema onde diversos atores participaram do julgamento, desde entidades representativas de defesa do consumidor, como bancos e pessoas jurídicas de direito público (União e INSS); 2) o caso fora apreciado sob a sistemática de Recurso Especial Repetitivo, na forma do art. 543-C, CPC/73, hoje art. 1036 do CPC/2015; e 3) trabalha com um tema de fácil entendimento que são a incidência de juros em dívidas de valor.

O ponto central da controvérsia se refere à incidência de juros de mora em ações civis públicas para a tutela de direitos individuais homogêneos:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A ACÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.

3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na

efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: "Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior." 4.- Recurso Especial improvido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014)

Diante desse julgado, três desdobramentos teóricos podem ser mencionados:

1) os juros de mora incidiriam nas ações civis públicas incidiriam a partir da citação na fase de conhecimento, adotando-se a regra geral;

2) a tutela coletiva visa a facilitação da defesa dos direitos, não podendo ser interpretada de modo prejudicial ao direito material;

3) caso se adotasse o entendimento que os juros incidiriam somente a partir de outro momento, como a fase de execução, haveria um incentivo à litigiosidade individual.

Para uma interpretação do caso acima, na linha do que se propõe o presente trabalho, é necessário se considerar que os “juros moratórios” advêm de uma relação jurídica de direito material, conforme se pode perceber através do art. 406 do Código Civil. Nesse aspecto, o que interessa para o efeito de incidência dos juros seria a ocorrência de mora, que, por sua vez, seria um efeito de um fato jurídico:

A mora ou é efeito imediato do fato jurídico, ou do advento do termo, por mínimo que seja, ou da condição(...), ou é efeito da interpelação, ato jurídico *stricto sensu*.

[...]

A discussão em torno da natureza da mora, para se lhe saber o lugar na classificação dos fatos jurídicos, parte de erro essencial: mora é efeito, não é fato (MIRANDA, 1971, p. 122).

Contudo, é corrente se classificar a mora como uma espécie de inadimplemento, considerando-se a sua ocorrência por ocasião de uma hipótese de possibilidade de cumprimento de uma obrigação contratual ou legal:

O gênero do inadimplemento das obrigações é dividido em três espécies: o inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato.

Enquanto o inadimplemento absoluto conduz à resolução da relação obrigacional (art. 475, CC) em razão da completa impossibilidade de sua manutenção, a mora pode ser caracterizada como o imperfeito cumprimento de uma obrigação, tanto pelo devedor (mora *solvendí*) como pelo credor

(*mora accipiendi*). Apesar da falha no adimplemento da obrigação, ela ainda poderá ser cumprida de maneira proveitosa.

Segundo a fórmula tradicionalmente acolhida em nossa legislação (art. 394, CC), a mora não se caracteriza apenas pelo pagamento extemporâneo pelo devedor ou pela recusa injustificada de receber no prazo devido pelo credor. Alternativamente, também dará ensejo à mora o pagamento que contenha uma falha no tocante ao lugar ou à forma previamente estabelecidos. Isso significa que em nosso ordenamento a mora não apenas sinônimo de “demora” no pagamento, mas de qualquer situação em que a prestação não é cumprida de forma exata.

Adverte Judith Martins-Costa que “se toda relação obrigacional está ordenada em função do cumprimento é porque este constitui o momento no qual se realiza o interesse do credor, tendo o devedor realizado a conduta concretamente devida, que é aquela lícita, válida, possível, determinada ou determinável (art. 166, II), útil ao credor (art. 395, parágrafo único, a contrário), conforme ao seu fim econômico-social, à boa-fé e aos bons costumes (art. 187), realizando-se no lugar, tempo e forma que a lei ou a convenção estabelecer (art. 394)”.

[..]

Em suma, o pressuposto básico da mora é a viabilidade do cumprimento da obrigação, pois, apesar dos transtornos, a prestação ainda é possível e útil. Verifica-se apenas a impossibilidade transitória de satisfazer a obrigação. Em qualquer caso, da imperfeição culposa no pagamento decorre o inadimplemento relativo em solver a obrigação. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 497-499)

Portanto, em face da possibilidade de cumprimento adequado de uma obrigação, surgiria a mora, sendo que os juros “moratórios” funcionariam como uma sanção pelo inadimplemento:

Já os juros moratórios traduzem uma indenização para o inadimplemento do cumprimento da obrigação de restituir pelo devedor. Funcionam como uma sanção pelo retardamento culposo no reembolso da soma mutuada. Apartam-se dos juros compensatórios, pois se assentam na ideia de culpa do devedor. Por isso, localizam-se no

Código Civil, ao lado das demais consequências do inadimplemento das obrigações, como as perdas e os danos, cláusula penal e arras. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 542).

Portanto, os juros de mora surgiriam por ocasião da ocorrência do não cumprimento voluntário de uma obrigação, quando a prestação possua condições suficientes de realização.

Essa é a razão principal de se considerar que “ se os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão” (art. 85, §16, CPC/2015), tendo em vista que somente nesse momento processual é que se torna exigível o cumprimento da obrigação que decorre de um resultado do processo, qual seja, a sucumbência. Da mesma forma, considerando que a regra é que o

pedido deva ser certo (art. 322, CPC/2015), é que o valor da causa em cobrança de dívidas vencidas deva incluir os juros de mora (art. 292, I, CPC/2015).

Contudo, nas hipóteses onde não se possa precisar com exatidão o acertamento da obrigação, e, portanto, quando a prestação poderia ser realizada efetivamente, é que se reconhecem hipóteses que os juros moratórios somente se perfazeriam por ocasião de um procedimento ulterior que de fato conseguisse no plano concreto identificar a extensão e elementos da obrigação. Essa é razão pela qual o sistema jurídico fala de “liquidação de sentença” em decisões judiciais com pedidos genéricos, conforme se verifica no CPC/2015:

Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:
I - não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido;
II - a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.
§ 1º Nos casos previstos neste artigo, seguir-se-á a apuração do valor devido por liquidação.
§ 2º O disposto no caput também se aplica quando o acórdão alterar a sentença.

Perceba-se que o dispositivo legal acima citado complementa o que dispõe textualmente o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.”

Nesse sentido, também é o posicionamento da doutrina:

Na ação coletiva, até como decorrência natural da repartição da cognição que a caracteriza, a sentença será, necessariamente, genérica. Ela fará juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica que envolve os direitos subjetivos objeto da controvérsia: o *an debeatur* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeatur* (= a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o *cui debeatur* = quem é o titular do direito e o *quantum debeatur* (= qual é a prestação a que especificamente faz jus) é tema a ser enfrentado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento). Por isso se afirma que a sentença na ação coletiva é genérica e, mais, que o seu grau de generalidade é bem mais acentuado que o das sentenças ilíquidas, previstas no art. 475-A do CPC). (ZAVASCKI, 2006, p. 165).

Portanto, fazendo-se uma leitura rápida, poder-se-ia chegar à conclusão que a decisão acima mencionada (REsp 1361800/SP), que servira de base para a presente problematização, ignorara as premissas legais aqui referidas.

O problema ainda poderia ser mais complexo se se considerar outros entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, como o seguinte:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

POUPANÇA. EXPURGOS. INDENIZAÇÃO POR LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. JUROS MORATÓRIOS. MORA EX PERSONA.

TERMO INICIAL. CITAÇÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As ações civis públicas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar a facilitação a tutela dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.

2. A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos, nos moldes do disposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, será, em regra, genérica, de modo que depende de superveniente liquidação, não apenas para apuração do quantum *debeatur*, mas também para aferir a titularidade do crédito, por isso denominada pela doutrina "liquidação imprópria".

3. Com efeito, não merece acolhida a irrisignação, pois, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil e 397 do Código Civil, na hipótese, a mora verifica-se com a citação do devedor, realizada na fase de liquidação de sentença, e não a partir de sua citação na ação civil pública.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

É bem verdade que esse último entendimento fora realizado antes do julgamento do REsp 1361800/SP (que é de 2014), o que poderia levar à conclusão de ausência de pendência de definição pelo STJ. Esse argumento é relativamente verdadeiro, porquanto o entendimento de necessidade de liquidação prévia para posterior eventual incidência de juros moratórios fora o argumento de antítese levado à apreciação pela Corte Especial. Ocorre que, para o fim de que se propõe o presente trabalho, há possibilidade de convivência de ambos entendimentos, porquanto o que se está a ver, em verdade, é uma confusão sobre a correta identificação dos direitos defendidos em processos coletivos, porquanto, a depender da situação que se está a analisar, pode-se chegar a uma ou outra conclusão a respeito dos juros de mora.

Com efeito, conforme acima já se pontuou, não seria a definição prévia de ser um processo coletivo ou individual o balizamento adequado para o fim da correta delimitação

do direito discutido em juízo, mas sim efetivamente o seu desdobramento prático; não seria a simples categorização apriorística que definiria o resultado do processo, porquanto se correria o risco de se tratar uma demanda individual como coletiva (“pseudocoletiva”) ou, o contrário, uma coletiva como individual (“pseudoindividual”), com resultados desastrosos a quem seria beneficiado pela decisão e também toda a sociedade destinatária da norma jurídica, porquanto se entraria num grau de instabilidade de aplicação normativa com repercussões gerais ao próprio sistema normativo.

O caso utilizado como análise utilizara a incidência dos juros de mora, obviamente em situações que importariam alguma espécie de dívida de valor, ou seja, a obrigação objeto de litígio traria como prestação a ser cumprida um pagamento representativo de valor.

Nesse caso, haveria a incidência de juros moratórios desde à fase de conhecimento se desde a origem se pudesse identificar os beneficiários de uma eventual decisão de procedência dos pedidos. Aqui não se falaria em potencialidade de identificação, mas sim em certeza, pois, conforme se disse antes, se a prestação por alguma razão não possa ser cumprida não haveria que se falar em mora; assim, para efeito da incidência de juros, somente torna-se admissível sua incidência com a correta e precisa identificação dos credores, e não a sua potencialidade. Se o caso concreto não possa de antemão identificar com precisão os beneficiários do resultado positivo do processo, aqui se estaria a necessitar do acertamento da obrigação, o que somente se torna possível, com um procedimento ulterior (denominado de “liquidação de sentença”, que na verdade seria uma liquidação da obrigação).

Perceba-se que essas conclusões vão ao encontro das mesmas razões que norteiam a concepções legais e doutrinárias dos processos coletivos: por vezes haverá uma outra situação em um mesmo processo, independentemente da hipótese do direito coletivo, mas se pode afirmar que em regra a diferenciação prática recairá essencialmente em direitos individuais homogêneos, considerando as premissas de identificação dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Com efeito, nos interesses ou direitos difusos (CDC, art. 103, I) a coisa julgada material ocorre tanto plano coletivo quanto no individual se o pedido for julgado procedente (*erga omnes*). Assim, se for possível a identificação desde logo dos beneficiários pelo resultado positivo do processo, a delimitação do direito se tornaria

evidente *prima facie*, e, portanto, eventuais juros de mora incidiriam para os identificados desde a fase de conhecimento. Na hipótese de os pedidos forem julgados improcedentes com análise probatória, somente se forma a coisa julgada no plano coletivo e, ainda assim, limitada às provas efetivamente utilizadas nos autos (*secundum eventum probationis*), contudo, se a hipótese de improcedência for por insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material tanto no plano individual quanto no coletivo, admitindo-se uma nova propositura de demanda coletiva com base em novas provas. Nesse aspecto é que entra em cena a concepção de que não se deve prejudicar os indivíduos pelo agir coletivo, considerando a concepção mais ampla de definição de direitos difusos, que em regra não permitem identificar os eventuais beneficiários.

No caso de interesse ou direito coletivo (CDC, art. 103, II), a coisa julgada material ocorre também no plano coletivo e individual se o pedido for julgado procedente (*ultra partes*), e da mesma forma, se for possível a identificação desde logo dos beneficiários pelo resultado positivo do processo, eventuais juros de mora incidiriam para os identificados desde a fase de conhecimento, caso contrário somente após a respectiva delimitação. A concepção de que não se deve prejudicar os indivíduos pelo agir coletivo também deve ser considerada aqui, o que induziria à conclusão que se os pedidos fossem julgados improcedentes com análise probatória, opera-se a coisa julgada material somente no plano coletivo, ao passo que se fossem julgados improcedentes por insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material no plano coletivo e individual.

Por fim, nos interesses ou direitos individuais homogêneos (CDC, art. 103, III) ocorre a coisa julgada material no plano coletivo e individual se o pedido for julgado procedente (*erga omnes*) e, em regra, os beneficiários do resultado positivo do processo são identificados *prima facie*, contudo, caso não haja a possibilidade de exigência de adimplemento da obrigação por falta de elementos identificadores, somente após a fase de liquidação da obrigação é que se poderia falar de mora. Veja-se que se os pedidos forem julgados improcedentes (seja pela insuficiência de provas ou não), forma-se a coisa julgada material no plano coletivo (impedindo a nova propositura da demanda coletiva, ainda que se aluda à existência de novas provas) e no plano individual.

Reconhece-se que há grande discussão na doutrina sobre esse último aspecto, no sentido de se defender que somente haveria a coisa julgada material de improcedência

dos pedidos para os interessados que tivessem intervindo no processo coletivo como assistentes litisconsorciais, conforme a previsão do art. 103, §2º do CDC.

Contudo, entende-se que de fato poderá haver coisa julgada material mesmo em desfavor do indivíduo caso este possa ser identificado *ab initio*. Essa afirmação encontra esteio justamente na interpretação *a contrario sensu* do regramento que afirma que a condenação deveria ser genérica (art. 95, CDC). Ora, somente é possível se falar de condenação genérica se não for possível se identificar todos os elementos da relação obrigacional, podendo-se configurar paradoxal uma obrigatoriedade de exceção à regra de delimitação precisa dos pedidos: a generalidade da condenação em processos coletivos somente se torna imperativo quando não houver elementos que possam identificar *a priori* os beneficiários, devendo-se interpretar o texto do art. 95 como uma regra de utilidade à resolução ótima de conflitos.

Com efeito, o magistrado fazendo uma análise de custo/benefício na empreitada de identificação de todos os eventuais beneficiários por uma eventual sentença judicial é que perceberá a adoção de uma condenação que faça o acertamento da obrigação. Contudo, a correta delimitação dos elementos da obrigação, a depender de como se realizaria a produção probatória, o tempo do processo ou os instrumentos de pesquisa postos à disposição do aparato judicial, desencadeará como decorrência num resultado líquido ou genérico. A regra legal parte do pressuposto da impossibilidade de se precisar sempre esses aspectos e, por uma questão de utilidade, adota a generalidade como prática; entretanto, não é porque a regra legal parta desse pressuposto que não se possa admitir hipóteses de delimitação de todos os contornos da obrigação, entre os quais a precisa identificação dos beneficiários do resultado do processo.

Deve-se levar em consideração, porém, que caso isso ocorra (identificação), os desdobramentos práticos repercutiram desde que essa situação se verifique: no caso da mora, caso haja a correta identificação e precisão das pessoas com todas as suas características não haveria razão para que não houvesse a incidência de juros moratórios. Nesse sentido é que deve ser entendido o REsp 1361800/SP. Por outro lado, caso não se possa precisar todos os contornos da obrigação decorrente do resultado do processo, opera-se o regramento do art. 95 do CDC, o que, por via de consequência, a mora somente se tornaria presente após o procedimento de liquidação.

Dessa forma, sempre que houver a possibilidade de identificação precisa dos destinatários do resultado do processo o resultado poderá variar a depender de se considerar hipótese de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Assim, considerando-se o exemplo hipotético lançado na introdução deste trabalho, somente a situação fática poderá apontar pela existência ou não de “litispendência” entre uma ação proposta por uma entidade associativa e uma demanda individual.

Com efeito, se for possível identificar *a priori* os beneficiários de eventual procedência dos pedidos de uma demanda coletiva, a decorrência lógica é que no plano material haverá resultados práticos em um eventual litígio instaurado por esses mesmos beneficiários. Na verdade, aqui se poderia se revisitar a definição de litispendência na abordagem clássica de identificação formal da tríplice identidade dos elementos da demanda (partes, pedido ou objeto e causa de pedir), de modo a considerar essencialmente quem seriam de fato as pessoas atingidas pela eventual decisão judicial. Perceba-se que, por essa ótica, o resultado variará conforme o tipo de direito que se está em jogo: difuso, coletivo e individual homogêneo, conforme as conclusões lançadas acima a respeito da extensão da coisa julgada em casos de procedência ou improcedência dos pedidos. Assim, em verdade, a depender da configuração real dos direitos postos em discussão, haverá repercussão na esfera material da relação jurídica dos atingidos pela decisão judicial, o que, por conseguinte, ensejará de igual forma desdobramentos impactantes para a incidência de outras normas jurídicas, como o reconhecimento de extinção da obrigação, possibilidade ou não de sobreposição de direitos, reconhecimento de obrigações adversas - como o dever de indenizar por vedação de locupletamento ilícito -, etc, tudo a variar conforme: (a) mérito da demanda em direitos difusos ou coletivos com procedência dos pedidos com instrução probatória suficiente; (b) mérito da demanda em direitos individuais homogêneos com procedência ou improcedência dos pedidos com suficiência ou não de provas.

Perceba-se que a argumentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça de incentivo à litigiosidade por demandas individuais aqui também é considerada, só que numa dimensão *lata*, porquanto não seria pelo fato de correta interpretação dos direitos em discussão em juízo que haverá um incentivo à litigiosidade, mas sim que a partir da pressuposição de que os processos judiciais servem como instrumento de aplicação

normativa no contexto social como forma adequada de solução de conflitos, sejam individuais ou coletivos.

Referências

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **RESP 200802044963**, Herman Benjamin, STJ - Segunda Turma, DJE. 27.04.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **RESP 200802765580**, Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJE. 01.08.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no REsp 1348512/DF**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1361800/SP**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 21/05/2014, DJe 14/10/2014.

BUZUID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

COSTA, Henrique Araújo; COSTA, Alexandre Araújo. O conceito de ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura? **Revista Brasileira de Direito Processual**. RBDPro. Belo Horizonte, ano 19, n. 76, out./dez. 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 3. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 2. 9 ed rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Interesses coletivos e difusos**. Doutrinas Essenciais do Direito Ambiental. Vol. 4. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil: a legitimação ordinária do autor popular. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 76, n. 618, p. 34, abr. 1987.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXIII. 8. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

ROJAS, Ricardo Manuel. **Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

SANTANA, Agatha Gonçalves. **Ensaio sobre Ações Pseudocoletivas e Pseudoindividuais e a Defesa de um Sistema de Direito Processual Coletivo**. Tutela Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

Jurisprudencial Coletiva. Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Mazzei. 2 série. Salvador: Juspodivam, 2012.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Eficácia territorial em face da União no projeto de Lei nº 5.239/2009. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Mazzei. 2 série. Salvador: Juspodivam, 2012.

ZAVASCKI, Teori. **Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.