

# A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA A DEFESA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E NÃO INDIVIDUAIS

**Cândido Rangel Dinamarco**

Professor aposentado de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Foi Procurador da Justiça do Estado. Especializou-se em Direito Processual Civil na Universidade Estatal de Milão, junto ao Pro. Enrico Tullio Liebman. Integrou a Comissão de Revisão dos Códigos, do Ministério da Justiça. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9311-0142> E-mail: [caradi@uol.com.br](mailto:caradi@uol.com.br)

**Resumo:** O presente parecer desenvolveu-se tendo por base os seguintes temas de pertinência ao presente caso: a) o tema da inadmissibilidade da ação civil pública movida pela União Federal no exercício de uma legitimidade *ad causam* ordinária e na defesa de seus próprios interesses, a partir do estudo da ação civil como instrumento para a defesa de direitos transindividuais e não individuais; b) o da coisa julgada material incidente sobre sua pretensão a uma tutela coletiva; e c) o da inadmissibilidade de cumular um pedido de tutela individual com um pedido de tutela coletiva.

**Sumário:** Parecer – **Parte I** – Os fatos de um processo pendente – **1** Uma demanda proposta pela União Federal com dois pedidos cumulados – **2** Uma estranha ação civil pública – **3** Uma cumulação de demandas também muito estranha – E uma demanda impossibilitada pela coisa julgada material – **4** Os temas a desenvolver – **Parte II** – Uma ação civil pública inadmissível – **5** Ação civil pública e legitimidade extraordinária – Aspectos gerais e fundamentos políticos – **6** A primeira das técnicas de abertura para as ações civis públicas – Legitimidade extraordinária ou substituição processual – **7** Legitimidade *ad causam* – **8** Legitimidade extraordinária ou substituição processual – Efeitos substanciais sobre o substituído e não sobre o substituto – **9** Comportamentos contraditórios da União Federal – **Parte III** – Danos morais coletivos e coisa julgada material – **10** Um pedido de condenação por danos morais coletivos – Incluído na demanda inicial da União Federal – **11** Os substituídos como partes em sentido substancial – A eficácia e autoridade da sentença em face deles – **12** A coisa julgada no art. 506 do Código de Processo Civil – E no Código de Defesa do Consumidor – **13** Ainda a coisa julgada formada na ação civil pública anterior – E a tríplice identidade entre as duas – **14** Um claríssimo impedimento ao julgamento do mérito – A tríplice identidade e a garantia constitucional da coisa julgada – **Parte IV** – Um inadmissível cúmulo de pedidos – **15** Os cúmulos de pedidos e sua utilidade no sistema – **16** Os requisitos de admissibilidade da cumulação simples – As chamadas três compatibilidades – **17** a União como autora em causa própria e a União como substituto processual – **18** A incompatibilidade procedimental – As vantagens da ação civil pública pretendida pela União – **Parte V** – Litigância de má-fé e os encargos da sucumbência – **19** A disciplina dos encargos da sucumbência – No Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor – **20** A deslealdade da União – Litigância de má-fé – **21** Responsabilidade da União pelos encargos da sucumbência – **Parte VI** – Conclusões e respostas aos quesitos – **22** Retrospecto do parecer – Três vertentes distintas – **23** Inadmissibilidade da ação civil pública proposta pela União – **24** Não se trata de tutela transindividual – **25** Exercício de uma legitimidade ordinária e não extraordinária – **26** Interesse de agir – **27** Danos morais e coisa

julgada – Presente a tríplice identidade – **28** A coisa julgada no caso concreto – **29** Uma inadmissível cumulação de pedidos – **30** Honorários da sucumbência e reembolso de custas – **31** Sínteses finais

---

## Parecer

### Parte I – Os fatos de um processo pendente

#### 1 Uma demanda proposta pela União com dois pedidos cumulados

Sou honrado pelo conceituadíssimo Escritório X, com a solicitação de um parecer sobre um caso muito singular. Esse caso se consubstancia em uma demanda proposta pela União Federal com dois pedidos heterogêneos, a título de *ação civil pública*. O primeiro desses pedidos tem por objeto a pretensão a uma indenização *para si própria*, por despesas supostamente suportadas para o custeio de tratamento médico de pessoas alegadamente atingidas pelos males do cigarro. O segundo deles é de uma condenação a indenizar todo um universo de pessoas pelos *danos morais* supostamente causados pelo consumo daquele.

Alega a autora que a consultante, produtora e comercializadora de cigarros, deve assumir a responsabilidade pela compensação dos gastos do ente postulante com tratamento de doenças supostamente atribuíveis ao tabagismo e na proporção do prejuízo causado pelos produtos oferecidos em razão de um suposto “nexo causal epidemiológico e calculado por diversos métodos” que permitiria associar os danos às rês. Os danos morais coletivos, segundo a inicial, seriam suportados pela sociedade e Estado brasileiro e teriam natureza compensatória e pedagógica.

#### 2 Uma estranha ação civil pública

Lendo a petição inicial da União, a primeira impressão que vem à mente do observador é a de que ao menos muito estranha é essa *ação civil pública* na qual o ente legitimado vem postular uma indenização para si próprio e não para um universo de pessoas, ou de consumidores. Por tudo quanto se sabe sobre a *ação civil pública*, no sentido em que essa locução veio a tomar a partir da edição da Lei da Ação Civil Pública, do ano de 1985, ela é um instrumento de tutela coletiva a classes, categorias, comunidades ou grupos de pessoas e não a indivíduos

isoladamente e muito menos aos entes eleitos pela lei para serem qualificados como *ideological plaintiffs*. Por isso é que os processos instaurados mediante essas ações são considerados *macroprocessos*, em contraposição aos tradicionais *microprocessos* de feito individualista.<sup>1</sup>

Antes da Lei nº 7.347, de 24.7.1985, falava-se sim em *ação civil pública*, mas em um sentido muito mais amplo e impreciso, abrangendo todas as demandas movidas por entes públicos, inclusive pelo Ministério Público, mas sem essa conotação de ações relacionadas com os processos coletivos e a tutela relacionada com direitos transindividuais. Não é disso que tratamos no presente caso.

### **3 Uma cumulação de demandas também muito estranha – E uma demanda impossibilitada pela coisa julgada material**

Nessa mesma demanda com a qual deduz um pedido individual de condenação em seu próprio benefício, a União Federal inclui também um pedido de condenação das rés por supostos *danos morais coletivos*, dos quais teriam sido vítimas pessoas de todo o país (inclusive os chamados *fumantes passivos*). Essa é realmente uma ação civil pública, mas também traz em si algo de muito estranho, que é a dedução de um pedido de tutela coletiva em cúmulo com aquele outro, de tutela individual à União. E também estou ciente de que outro pedido dessa mesma ordem (danos morais coletivos) já fora trazido ao Poder Judiciário e ali julgado im procedente, incidindo sobre essa decisão a autoridade da coisa julgada material.

### **4 Os temas a desenvolver**

Diante desse quadro, são os seguintes os temas de pertinência ao presente caso e sobre os quais o parecer discorrerá nos capítulos a seguir: a) a ação civil como instrumento para a defesa de direitos transindividuais e não individuais; b) os substituídos processuais como titulares do direito perseguido pelo substituído processual e portanto como partes em sentido substancial; c) a incidência da autoridade da coisa julgada sobre a pretensão à condenação da ora consulente por danos morais coletivos; d) os requisitos para a admissibilidade dos cúmulos simples de pedidos

<sup>1</sup> Cfr. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. In: GIANNICO, Maurício; MONTEIRO, Vítor José de Mello (Coord.). *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

## Parte II – Uma ação civil pública inadmissível

### 5 Ação civil pública e legitimidade extraordinária – Aspectos gerais e fundamentos políticos

A implantação da ação civil pública na ordem processual brasileira veio de uma iniciativa da Profa. Ada Pellegrini Grinover, que, em cooperação com um pequeno grupo de estudiosos do processo civil, nos já longínquos anos *oitenta*, logrou elaborar um anteprojeto de lei a respeito. Depois de algumas vicissitudes sem interesse para o presente estudo, esse anteprojeto foi adiante e finalmente veio a ser transformado em lei (Lei nº 7.347, de 24.7.1985 – Lei da Ação Civil Pública). Como é do conhecimento geral, essa lei lançava o foco sobre os valores do meio ambiente, mas poucos anos depois sobreveio o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990), pelo qual a ação civil pública passou a ter um campo mais largo de incidência, incluindo as relações de consumo.

Esses dois diplomas vieram ter ao ordenamento processual positivo brasileiro como resposta a antigos clamores da doutrina mais interessada no aspecto político da atuação da jurisdição pelo Estado e muito incomodada com a limitação das tutelas jurisdicionais ao círculo estrito dos direitos e interesses individuais. Dominava soberano o disposto no art. 6º do Código de Processo Civil então vigente, estabelecendo a regra individualista de que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” – e, não havendo lei alguma legitimando quem quer que fosse para pleitear em nome próprio os interesses coletivos dos grupos sociais, não havia como postular perante o Poder Judiciário qualquer tutela referente a tais direitos, interesses ou valores.

Nesse quadro gozaram de muita repercussão e absoluta aceitação entre os estudiosos as ponderações do processualista e profundo pensador Kazuo Watanabe, em prol da abertura de caminhos para o *acesso à ordem jurídica justa*, para o satisfatório cumprimento da promessa constitucional do controle jurisdicional e sobretudo para a eliminação de um mal endêmico que ele qualificou como *litigiosidade contida*. Tomou-se consciência da necessidade de eliminar ou ao menos reduzir aqueles bolsões de conflitos não jurisdionalizáveis, que são o germe de fragilização das instituições políticas da nação e de insatisfações generalizadas que não convêm ao convívio social.

Foi para isso que nos anos *oitenta* se implantaram na ordem jurídica brasileira aquelas vigorosas ferramentas de busca de ampliação do universo dos conflitos suscetíveis de ter acesso ao Poder Judiciário.

## 6 A primeira das técnicas de abertura para as ações civis públicas – Legitimidade extraordinária ou substituição processual

Como é notório, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor valem-se do instituto da *legitimidade extraordinária* como instrumento destinado a possibilitar em juízo a defesa das coletividades atingidas pela degradação do meio ambiente ou pela aquisição ou consumo de bens em situações nas quais algum mal as pessoas venham a sofrer. Ao tempo em que se elaborava aquele anteprojeto de lei, bem cedo a comissão redatora se apercebeu, inclusive pelo conhecimento das realidades norte-americanas das *class actions*, do inconveniente de legitimar individualmente os cidadãos a postularem a tutela jurisdicional coletiva referente àqueles valores. Instituiu-se com isso a figura dos *ideological plaintiffs*, que são entidades estatais ou não, autorizadas a agir em juízo em prol da sociedade, categorias ou grupos. Esses legitimados atuam perante o Poder Judiciário em nome próprio, mas no interesse alheio, como dispunha a parte final daquele art. 6º do Código de Processo Civil de 1973 e agora dispõe o art. 18 do estatuto vigente, de idêntico teor.

Falar em ação civil pública é pois, em primeiro lugar, falar em legitimidade extraordinária.

## 7 Legitimidade *ad causam*

Em uma primeira aproximação, segundo conhecida lição lançada por Liebman e no Brasil subscrita por Alfredo Buzaid, a legitimidade *ad causam* consistiria na *pertinência subjetiva ativa e passiva da ação*.<sup>2</sup> Essa conceituação era ainda muito vaga e insuficiente, mas já na obra do antigo professor da Universidade de Milão colhemos algo de mais concreto quando ele diz: “o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual ele existe”.<sup>3</sup> Manifestando-me sobre o tema, propus conceituar essa condição da ação como “qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz”, esclarecendo que “ela depende sempre de uma necessária

<sup>2</sup> Cfr. LIEBMAN. *Manual de direito processual civil*, I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. n. 74-B, p. 208 trad.; BUZAID. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956, n. 39, esp. p. 89.

<sup>3</sup> *Id.*, *ib.*

*relação entre o sujeito e a causa* e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la”.<sup>4</sup>

Sempre que a possível procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também este será parte legítima (legitimidade ativa ou legitimidade passiva, conforme o caso). Daí conceituar-se essa condição da ação como *relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa*.

Na ordem jurídico-positiva brasileira, as regras gerais e ordinárias sobre legitimidade *ad causam* são a do art. 17 do Código de Processo Civil (a legitimidade é necessária para postular em juízo) e a de seu art. 18, segundo a qual em princípio ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio. A ressalva trazida na parte final do art. 18 – onde se lê que “salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” – abre caminho para os casos de *legitimidade extraordinária*, em que uma pessoa é, em caráter excepcional, autorizada a estar em juízo em nome próprio, mas no interesse de outrem (substituição processual).

## **8 Legitimidade extraordinária ou substituição processual – Efeitos substanciais sobre o substituído e não sobre o substituto**

A partir da abertura consentida pela parte final do art. 18 do Código de Processo Civil (“salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”), para alguns casos bastante específicos, a lei ou a própria ordem jurídica como um todo abrem portas à legitimidade *ad causam* de certos sujeitos não integrantes da própria relação jurídico-material posta em juízo, mas de algum modo interessados. Esses são os legitimados extraordinários, ou *substitutos processuais*, de que tanto fala a doutrina.

Falar em *substituto processual* é falar de um sujeito que, sem ser parte no litígio posto em juízo, atua no processo *no lugar dessa parte*, tornando-se com isso uma parte em sentido processual.

<sup>4</sup> Cfr. DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. nn. 633-634. p. 357 ss.

Diante dessa construção, é rigorosamente pacífico que a decisão jurisdicional de mérito tomada na causa em que é parte o substituto processual será sempre *uma decisão para o substituído e não para o substituto*. Esse é um dos pontos vitais, na teoria e disciplina legal da substituição processual; o legitimado extraordinário é autorizado por lei a tomar iniciativas e conduzir o processo eficazmente sem ser titular dos interesses em conflito, mas, como ele o faz por um direito alheio, é sobre o direito alheio que o juiz decidirá. Disse a propósito o clássico Garbagnati que, se a sentença se pronuncia “sobre o mérito da *fattispecie* concretamente submetida à decisão do juiz, é logicamente necessário concluir que a coisa julgada manifesta sua eficácia precisamente em relação aos sujeitos sobre cuja situação substancial o comando do juiz vem a incidir, ou seja, sobre os titulares da relação jurídica litigiosa” – sendo incontroverso que o substituto é “estranho à relação litigiosa”.<sup>5</sup> Carnelutti: “quando alguém defende em juízo o direito de um outro, entende-se que a eficácia do julgado se produz em relação ao segundo e não ao primeiro”. E, pouco mais adiante: “uma vez que a lei admite a substituição processual de alguém em relação a outrem, daí pode-se inferir que ela também reconhece como eficaz em relação a esse outro a sentença que alguém haja obtido para si”.<sup>6</sup>

Peço desculpas aos qualificados leitores por essa quase enfadonha insistência sobre essa linha mestra da substituição processual, caracterizada pela destinação de efeitos substanciais aos substituídos e não ao substituto. Sinto-me obrigado a desenvolver quase didaticamente esses conceitos elementares, porque me parece tão extravagante a iniciativa da União Federal, propondo uma ação civil pública em seu próprio proveito, que me pareceu indispensável ir às raízes da legitimidade extraordinária, para evidenciar esse erro.

## 9 Comportamentos contraditórios da União Federal

Há décadas e mais décadas o Poder Público vem tratando a indústria cigareira como uma atividade lícita. Autoriza a produção e comercialização dos cigarros, regulamenta e restringe a propaganda destes, impede que se fume em certos locais e sobretudo vem tirando proveito dessas atividades, tributando-as com impostos elevadíssimos em seu próprio proveito. Ou seja, desde sempre vem tratando a indústria do cigarro como uma *atividade lícita*. E, depois, retrocedendo sobre seus

<sup>5</sup> Cfr. GARBAGNATI. *La sostituzione processuale cit.*, cap. VII, n. 2, p. 280.

<sup>6</sup> Cfr. CARNELUTTI. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1936. I, n. 142, esp. p. 381.

próprios passos, passa a tachar de ilícita essa atividade, buscando uma estratagema indenizatória, como se nunca a houvesse autorizado nem dela haurido proveito algum. E mais: sem demandar uma medida judicial inibitória dessa atividade, conformando-se com a indenização postulada como se a esta se pudesse atribuir a qualidade de *sanatória* geral e uma autorização para continuar causando danos para o futuro. A União ingressa com pedido perante o Poder Judiciário, mas seus fundamentos atuariam no âmbito do Poder Legislativo (elevação de tributos e ilicitude da atividade) e na *atividade fiscalizatória* do consumo de cigarros contrabandeados, que causariam os danos afirmados sem correspondente recolhimento de tributos aos cofres públicos.

Esses *comportamentos contraditórios* da Administração incorrem em um vício veementemente repudiado pelo direito, consistente na transgressão ao dever de *boa-fé objetiva*, imposto pelo art. 422 do Código Civil. Tal dever, insistentemente invocado pela doutrina no trato dos comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*), não é um imperativo limitado ao campo das relações contratuais, apesar da dicção literal daquele dispositivo (“os *contratantes* são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”). É uma *regra geral de conduta*, à qual devem ser fiéis todas as relações humanas e todos os comportamentos das pessoas em suas relações intersubjetivas. O disposto no art. 422 é, por isso, interpretado como uma *cláusula geral* do sistema jurídico, remontando a ele o fundamento legal do repúdio aos comportamentos contraditórios.

Na concepção vinculada à boa-fé, aqui adotada, o *nemo potest venire contra factum proprium* desempenha um papel mais amplo do que um princípio geral de direito, sendo aplicável a todas as relações que se incluam no âmbito daquela cláusula geral.<sup>7</sup>

O art. 422 do Código Civil, responsável pela positivação do dever de boa-fé objetiva no direito brasileiro, é uma norma aberta que remete o intérprete a certos *standards* de conduta aceitos e necessariamente praticados na sociedade. Como todo *conceito juridicamente indeterminado*, a boa-fé objetiva remete-se inevitavelmente à cultura do juiz e ao modo como ele vê o ato impugnado diante dos valores da nação —<sup>8</sup> de modo que, ao avaliar casos em que se sustente a ocorrência de um

<sup>7</sup> Cfr. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2007. n. 6, esp. p. 103.

<sup>8</sup> Cfr. BARBOSA MOREIRA. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: FRANÇA *et al.* *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. n. 1, esp. p. 63.

comportamento contraditório, o juiz fará sempre sua apreciação a partir desses valores e tendo por parâmetro as condutas ordinariamente previstas como coerentes com esses valores, segundo as regras de experiência plantadas na convivência social. Não se trata, pois, de necessariamente avaliar as posturas subjetivas do credor nem sua *intenção de lesar*. Basta um confronto com tais parâmetros objetivos de conduta, sem indagações sobre culpa ou dolo e, nesse momento, também sem um repúdio calcado em parâmetros puramente éticos.

Apesar das especificidades decorrentes do envolvimento do interesse público, as relações jurídicas de que é parte a Administração também devem observar a boa-fé objetiva. Isso em razão da consciência de que “o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideraram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito”.<sup>9</sup>

Por essa razão, tanto a jurisprudência quanto a doutrina reputam *ineficaz* o comportamento contraditório do Poder Público, ainda mais quando traz consequências *trágicas* para o administrado.

#### *Superior Tribunal de Justiça:*

o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram. (Min. Ruy Rosado de Aguiar)<sup>10</sup>

#### *Superior Tribunal de Justiça:*

o Tribunal de Justiça de São Paulo aplicou – a meu ver, acertadamente – o princípio de que *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa). Ora, se há mácula no título, essa foi causada pelo próprio poder público, o qual *não pode invocar o suposto equívoco do seu secretário de Estado, para prejudicar aquele que legitimamente adquiriu a propriedade*, pagando para tanto. (Min. Adhemar Maciel)<sup>11</sup>

<sup>9</sup> CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 257.

<sup>10</sup> STJ, 4ª T. REsp nº 141.879-SP. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.3.1998.

<sup>11</sup> STJ, 2ª T. REsp nº 47.015-SP. Rel. Adhemar Maciel, j. 16.10.1997.

*Anderson Schreiber:*

a boa-fé objetiva, como expressão de valores constitucionais, deve se aplicar a toda espécie de relações. Não obstante, mesmo aqueles que restringem a aplicabilidade da boa-fé objetiva às relações privadas, devem admitir a incidência do princípio de *proibição do comportamento contraditório em relações de direito público*, seja como expressão de institutos verdadeiramente publicísticos (como a moralidade administrativa e a igualdade dos administrados em face da Administração Pública) ou como resultado da direta aplicação do valor constitucional da solidariedade social.<sup>12</sup>

*Raquel Melo Urbano de Carvalho:*

especificamente no Direito Administrativo, o exame eminentemente doutrinário e, no Brasil, ainda incipiente sobre o tema, invoca como justificativa à proteção da boa-fé na seara pública a impossibilidade de o Estado violar a confiança que a própria presunção de legitimidade dos atos administrativos traz, agindo contra *factum proprium*. Não há dúvida de que a confiança que os cidadãos têm nas ações estatais, decorrentes do seu presumido acerto do ponto de vista fático e jurídico, justifica sejam os mesmos protegidos do automatismo na incidência do ordenamento jurídico. *Não se pode admitir um comportamento público que crie expectativas e que, posteriormente, frustre, de modo desarrazoado, o estado de confiança decorrente até mesmo da presunção de legitimidade reconhecida ao Estado.*<sup>13</sup>

*Judith Martins-Costa:*

a administração deve não apenas resguardar as situações de confiança traduzidas na boa-fé (crença) dos cidadãos na legitimidade dos atos administrativos ou na regularidade de certa conduta; deve também agir segundo impõe a boa-fé, considerada como norma de conduta, produtora de comportamentos ativos e positivos de proteção.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Cfr. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório* – Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2007. p. 212.

<sup>13</sup> CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 83-84.

<sup>14</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 196.

## Parte III – Danos morais coletivos e coisa julgada material

### 10 Um pedido de condenação por danos morais coletivos – Incluído na demanda inicial da União Federal

Em cúmulo com aquele pedido de condenação das indústrias a lhe pagar o que alega ter despendido no tratamento de supostas vítimas do cigarro, a União Federal pede também a condenação daquelas “ao pagamento de indenização por *danos morais coletivos*, a serem arbitrados por esse MM Poder Judiciário, levando-se em conta os fatos ora apresentados e o potencial financeiro das demandadas”. Esse é realmente um pleito admissível em sede de ação civil pública, porque a autora o deduz com vista ao fornecimento de recursos financeiros a possíveis vítimas, agora na qualidade de substituto processual.

Como tratarei de demonstrar, todavia, por dois motivos aqui no presente processo esse segundo pedido está prejudicado e não há como ser objeto de julgamento *de meritis*, porque (a) sobre a pretendida condenação das indústrias a reparar um suposto dano moral coletivo já existem decisões anteriores, tomadas em outros processos julgando demandas idênticas e já cobertas pela *auctoritas rei judicatae* e (b) a lei repudia cumulações de pedidos como essa, em que a União atua, ao mesmo tempo, como parte no próprio interesse, pedindo algo para si, e também como substituto processual em relação ao segundo dos pedidos cumulados. São diferentes, lá e cá, os titulares dos alegados direitos, a saber, as *partes em sentido substancial*.

### 11 Os substituídos como partes em sentido substancial – A eficácia e autoridade da sentença em face deles

É rigorosamente pacífico que a decisão jurisdicional de mérito tomada na causa em que é parte processual o substituto processual será sempre *uma decisão para o substituído e não para o substituto*. Esse é um dos pontos vitais, na teoria e disciplina legal da substituição processual. O legitimado extraordinário é autorizado por lei a tomar iniciativas e conduzir o processo eficazmente sem ser titular dos interesses em conflito, mas, como ele o faz por um direito alheio, é *sobre o direito alheio que o juiz decidirá*. Tomo a liberdade de remeter os qualificados leitores ao que a esse propósito disse o parecer com muita ênfase e mais ampla fundamentação ao discorrer sobre as técnicas da substituição processual (*supra*, nn. 5-8). Ali, com apoio em clássicas lições da melhor doutrina, tratei de demonstrar que os substituídos são a verdadeira *parte em sentido substancial*,

em confronto com a situação do *substituto processual*, que nada pede para si e cuja esfera de direitos não ficará afetada diretamente pelos efeitos da sentença que vier. Por isso, quando se trata de identificar as partes em busca da *tríplice identidade* indispensável para a incidência da coisa julgada, é sobre os substituídos que se deve lançar os olhos, porque, como dito, são eles os verdadeiros titulares do litígio, e não o substituto.

Esse ponto é tão importante, nuclear mesmo na teoria da coisa julgada, que chego a afirmar que, se a esfera de direitos do substituído não fosse atingida diretamente pelos efeitos da sentença proferida em face do substituto, não haveria razão para a lei instituir a própria figura da substituição processual. De que valeria uma sentença dada na ação movida por um *ideological plaintiff* se dela não pudessem resultar efeitos favoráveis ou desfavoráveis para a massa de sujeitos por ele substituídos? Essa sentença é dada para eles e não para o legitimado extraordinário que circunstancialmente se haja posto como autor, porque é para o bem daqueles que a lei este autoriza a agir.

Depois, havendo o juiz decidido sobre uma *relação substancial* da qual é parte o substituído e não o substituto, é também mais do que natural que fique aquele adstrito às limitações decorrentes da *coisa julgada material*. Também de pouca ou nenhuma valia seria o exercício da jurisdição assim por iniciativa do substituto, se o substituído não ficasse preso nos limites subjetivos da *res judicata*. O art. 506 do Código de Processo Civil não foi ditado nem redigido com a consciência dos casos de processo conduzido pelo substituto processual, mas é corrente o entendimento de que o vocábulo *partes*, ali contido (“a sentença faz coisa julgada às *partes* entre as quais é dada [...]”), tanto quanto no art. 2.909 do Código Civil italiano, deve ser lido como *partes do litígio* e, não, *partes do processo*.

Garbagnati:

[...] no art. 2.909 do Código Civil, a palavra *partes* não está a indicar os sujeitos da chamada relação processual – como bem observou Zanzucchi, ela é usada em um sentido muito diferente, servindo para designar *os sujeitos da relação jurídica litigiosa*.<sup>15</sup>

Araújo Cintra (discorrendo sobre o art. 472 CPC-73 e os limites subjetivos da coisa julgada material):

a palavra *partes* não está na lei em seu sentido de sujeitos do contraditório do processo, mas indica os sujeitos da relação jurídica litigiosa [...]

<sup>15</sup> Cfr. GARBAGNATI. *La sostituzione processuale cit.*, cap. VII, n. 4. p. 290-291.

Realmente, assim se explica porque, no caso de substituição processual, o substituído fica sujeito à coisa julgada formada em processo de que não participou.<sup>16</sup>

É também pacífico em doutrina que, proferida a sentença de mérito em relação a um interesse que é do substituído e não do substituto, e formando-se a coisa julgada material, ambos ficam impedidos de rediscutir a causa. No dizer de Araújo Cintra, o substituto “não pode obter nova decisão da matéria porque a lide já foi definitivamente decidida”.<sup>17</sup> Por isso, se há dois ou mais legitimados a uma ação, a coisa julgada é o óbice que impede a repropositura da demanda por qualquer deles, não importa quem, importando somente que o objeto daquela sentença não pode ser reproposto. O que há de fundamental é isso: *formada a coisa julgada na causa proposta pelo substituto, não poderá ele próprio, nem o substituído, nem qualquer outro substituto processual, repropor a mesma causa já definitivamente julgada.*

*Não pode o substituído, porque o seu litígio já foi definitivamente julgado e, como todos reconhecem, ele fica preso ao vínculo da coisa julgada. Não pode o substituto que já agiu em juízo, porque ele próprio já exerceu uma vez o seu direito de ação e, não podendo o próprio titular do direito voltar a juízo, não seria sequer sensato admitir que pudesse ele. E não podem os demais legitimados extraordinários, por essa mesma razão e porque, se pudessem, não ganharia estabilidade alguma o que em relação ao substituído já fora decidido: seria um não acabar de repetições de demandas, possível enquanto ainda houvesse algum legitimado que não houvesse exercido o direito de ação. Absurdo!*

## 12 A coisa julgada no art. 506 do Código de Processo Civil – E no Código de Defesa do Consumidor

O que venho dizendo está em plena consonância com o disposto no art. 506 do Código de Processo Civil, segundo o qual “a sentença faz *coisa julgada às partes entre as quais é dada*, não prejudicando terceiros” – porque, como tratei de

<sup>16</sup> Cfr. ARAÚJO CINTRA. *Comentários ao Código de Processo Civil, IV*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. n. 267, esp. p. 305.

<sup>17</sup> ARAÚJO CINTRA. *Comentários ao Código de Processo Civil, IV*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. nota 155. p. 305-306.

demonstrar, os substituídos, sendo eles próprios os titulares dos possíveis direitos substanciais em litígio, são os verdadeiros interessados. *Fazer coisa julgada entre as partes* é fazer coisa julgada entre os titulares dos direitos ou interesses substanciais em litígio – e entre eles estão os substituídos, não o substituto.

Também a sistemática legal da coisa julgada em matéria consumerista conduz ao mesmo resultado. Como está no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor e em seus incs. I e II, nas ações ali versadas, a sentença obterá a autoridade do julgado *erga omnes* ou *ultra partes* conforme o caso, só não a obtendo quando ocorrerem duas circunstâncias cumulativas: (a) que se trate de sentença pela *improcedência* da demanda coletiva; (b) que essa improcedência haja sido reconhecida em razão da *insuficiência de provas*. Daí resulta com toda clareza que são suscetíveis à *auctoritas rei judicatæ* não só (a) as sentenças que hajam julgado *procedente* a ação coletiva, como também (b) as que a julguem improcedente por outro motivo *que não seja a insuficiência probatória*. As judiciosas razões de política legislativa responsáveis por aquelas restrições acima consideradas não encontram campo e não comportam expansão para abranger essas duas hipóteses, sob pena de colisão com a garantia constitucional da coisa julgada (Const., art. 5<sup>º</sup>, inc. XXXVI).

### **13 Ainda a coisa julgada formada na ação civil pública anterior – E a tríplice identidade entre as duas**

Uma ação civil pública com os mesmos elementos identificadores presentes nesta de agora já havia sido proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, vindo a ser julgada improcedente pela Justiça desse estado em decisão depois confirmada pelo Col. Superior Tribunal de Justiça. Vejamos a seguir os elementos daquela ação, em estreitíssima identidade com os desta.

*Pedido.* O Ministério Público autor pedia, tanto quanto aqui, a condenação de Z à obrigação de indenizar os danos materiais e morais “sofridos por fumantes ativos e passivos em decorrência dos prejuízos à saúde provocados pelo consumo de cigarro”.

*Partes.* Tanto lá quanto cá o substituto processual postulava uma condenação em benefício de toda coletividade *em âmbito nacional*, destacando precisamente que “tratando-se de danos de âmbito nacional, a condenação deverá valer para todo o território brasileiro”. Ou seja, tanto então quanto agora são sujeitos substanciais do litígio todos os fumantes, ex-fumantes e não-fumantes (fumantes passivos) do país – destinando-se a eles e não aos diversos substitutos processuais a tutela jurisdicional postulada.

*Causa de pedir.* Tanto naquela demanda já rejeitada por acórdão coberto pela coisa julgada, quanto aqui neste segundo processo, a *causa petendi* era composta pela afirmação de que os fumantes ativos e passivos teriam sido vitimados por “prejuízos à saúde provocados pelo consumo do cigarro”.

Ora, a ação civil pública de âmbito nacional proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo foi julgada integralmente improcedente *não por insuficiência de provas*, mas por entender o Col. Superior Tribunal de Justiça “inexistir ilicitude na conduta imputada à recorrida em virtude da regulação e da fiscalização do mercado pelo Poder Público, da informação adequada e da inexistência de vício da vontade pelo exercício do livre arbítrio, [de modo que] não há o que ser ressarcido” (Min. Antonio Carlos Ferreira).<sup>18</sup> Essa decisão não foi objeto de qualquer recurso e com isso transitou em julgado.

Disse ainda aquela elevada Corte que “a recomposição material somente ocorreria nos casos de prejuízo efetivo, direto e imediatamente ligado à conduta ilícita do causador do dano”.

## 14 Um claríssimo impedimento ao julgamento do mérito – A tríplice identidade e a garantia constitucional da coisa julgada

Diante de tudo quanto foi exposto nos tópicos precedentes e estando presente em ambas as demandas a indispensável *tríplice identidade* (mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido), mostra-se imperiosa a imposição da coisa julgada como fator impeditivo do julgamento *de meritis* referente aos danos morais pedidos pela União no presente processo. Como se dá com referência a todas as decisões *de meritis*, a autoridade da coisa julgada material tem como função e como compromisso proporcionar às partes *segurança* quanto à relação jurídica material, rechaçando repetições de pedidos ou requerimentos ou indesejáveis retrocessos a pontos já superados. A segurança jurídica, constitucionalmente assegurada (art. 5º, *caput*), seria um *nada* se pudessem as partes reavivar pedidos já superados e se pudesse o juiz retornar sobre seus próprios passos, rededidando o que já houvesse decidido, sem manifestas razões para tanto.

<sup>18</sup> STJ, 4ª T. REsp nº 1.573.794/SP. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12.11.2018. DJe, 19.11.2018.

Na palavra do constitucionalista José Afonso da Silva, a *segurança jurídica* consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o *conhecimento antecipado e reflexivo* das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.<sup>19</sup>

Se não fosse assim, a todo momento poderia vir outro substituto processual, e outro e mais outros quantos fossem, com tantas repetições lhes aproovessem, propondo mais uma ação civil pública com o mesmo objeto das anteriores. Para evitar essas multiplicações é que o sistema do processo civil manda que o juiz negue o julgamento do mérito de demandas idênticas a uma outra que já haja sido julgada por decisão transitada em julgado (CPC, art. 485, inc. V). E, tornando ao elementar, peço também atenção ao que dispõe o art. 337 do Código de Processo Civil, complementando o que está em seu art. 485 para estabelecer que “há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado”, considerando que “uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (CPC, art. 337, §§2º e 4º).

## Parte IV – Um inadmissível cúmulo de pedidos

### 15 Os cúmulos de pedidos e sua utilidade no sistema

A permissão legal à cumulação de sujeitos ou de pedidos em um só processo constitui manifestação do empenho do legislador em dotar o processo da maior potencialidade possível a produzir concretos resultados úteis à vida dos litigantes. Os cúmulos admitidos pelo sistema constituem realmente meios de otimização dos processos, os quais serão tanto mais úteis à sociedade quanto mais numerosos forem os sujeitos envolvidos (pluralidade de partes – litisconsórcio, intervenção de terceiros) e quanto mais amplos os resultados finais oferecidos aos litigantes.<sup>20</sup> No direito positivo brasileiro, a mais ampla das figuras de cumulação de pedidos é a chamada *cumulação simples*, disciplinada basicamente pelo art. 327 do Código de Processo Civil. Existem várias outras espécies de cúmulos de pedidos, como o cúmulo sucessivo, o alternativo, o eventual (pedido subsidiário), mas a matriz de todos eles é o *cúmulo simples*, de que tratamos no presente caso.

<sup>19</sup> Cfr. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990. tit. V, cap. II, nn. 17-20. p. 373 ss.

<sup>20</sup> Cfr. DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil, II*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 548. p. 590 ss.

Existe ainda a hipótese do cúmulo de *fundamentos*, quando o pedido é um só, mas duas ou mais são as causas de pedir invocadas a seu sustento – hipótese também estranha ao presente parecer, à qual me refiro somente com o objetivo de traçar um esboço sistemático do instituto da cumulação de demandas.

Uma regra geral, vinda do próprio art. 327 e dos que disciplinam essas outras espécies, é a de que alguma relação deve haver entre as demandas a serem cumuladas, não sendo possível cumular demandas entre as quais não haja relação alguma. A mais intensa dessas relações é a de *prejudicialidade*, pela qual o teor da decisão sobre um dos pedidos é condicionado pela decisão que vier a ser tomada em relação ao outro (Barbosa Moreira) e a mais tênue é a de mera *conexidade subjetiva*, de que trata o art. 327 e sobre a qual discorrerei em tópicos subsequentes.

## 16 Os requisitos de admissibilidade da cumulação simples – As chamadas *três compatibilidades*

A grande liberalização da lei em relação à admissibilidade dos cúmulos simples não chega ao ponto de dispensá-los da imposição de qualquer requisito, ou qualquer limitação. A admissibilidade do cúmulo simples é em primeiro lugar condicionada pelas chamadas *três compatibilidades*, a saber: a) a compatibilidade entre os *pedidos*, não podendo conviver na mesma demanda dois ou mais pedidos que se excluam reciprocamente; b) a compatibilidade de *competências*, exigindo-se que os pedidos a serem cumulados estejam sujeitos à mesma competência absoluta; c) a compatibilidade *procedimental*, consistente na sujeição de ambos ao mesmo procedimento.<sup>21</sup>

Lido assim isoladamente e sem os olhos no sistema, o art. 327 do Código de Processo Civil poderia talvez dar a falsa impressão de que para o cúmulo simples não se exige ligação alguma entre as demandas. Ao dizer que “é lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, *ainda que entre eles não haja conexão*”, ele deixa no esquecimento a indispensável *conexidade subjetiva*, consistente na coincidência das pessoas figurantes *como autor ou como réu* em ambos os pedidos. Certamente o legislador pôs os olhos apenas nas hipóteses de *conexidade objetiva* descritas no art. 55, no qual somente se levam em

<sup>21</sup> Cfr. DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 550. p. 192 ss.

consideração a identidade do pedido e da causa de pedir, como se a presença de um mesmo sujeito em duas ou mais demandas não fosse um fator de conexão entre elas. Na realidade, duas causas são conexas quando lhes for comum o *pedido*, a *causa de pedir* ou as partes. A conexão subjetiva é também uma conexão.<sup>22</sup>

Diante disso não se admitem *cúmulos* simples de pedidos sem que em ambos estejam presentes o mesmo réu e também o mesmo autor. Ao dispor que “é lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu”, o art. 327 está a estabelecer que um *mesmo autor* pode propor essa cumulação, não se admitindo esta quando proposta por autores diferentes. Ali está dito que *ao autor* é lícito cumular pedidos e não a um outro sujeito qualquer.

## 17 A União como autora em causa própria e a União como substituto processual

Como procurei demonstrar em alongada exposição, neste processo, a União Federal comparece com uma *double face*, a saber, ora como autora litigando em seu próprio interesse, no exercício de uma legitimidade ordinária (pedido de ressarcimento de despesas); ora atuando como *substituto processual* no exercício de uma legitimidade extraordinária e visando a uma tutela jurisdicional *transindividual* (danos morais coletivos). Reporto-me ao que disse em tópico anterior, a saber, que em casos assim o substituto processual é somente *parte em sentido processual*, mas as partes *em sentido substancial* são *os substituídos*. Reporto-me ainda ao que está dito no tópico n. 11, *supra*, e às lições, ali acatadas, de mestres do porte de Carnelutti, Garbagnati e do brasileiro Antonio Carlos Araújo Cintra, uníssonos na afirmação de que, como a tutela jurisdicional pedida pelo substituto processual é uma tutela aos substituídos e não àquele, os substituídos são as verdadeiras partes do conflito, não o substituto.

Ora, ao permitir *ao autor* a propositura de uma demanda com dois ou mais pedidos cumulados, o art. 327 do Código de Processo Civil está cuidando de um autor que venha ao processo postular dois ou mais benefícios para si próprio e não um benefício para si e outro para outros sujeitos (os substituídos). Aberra do sistema uma cumulação como essa proposta pela União Federal, figurando como um legitimado ordinário no pedido de indenização por despesas atribuídas às indústrias e como um legitimado extraordinário na demanda em prol de toda uma comunidade de consumidores e não consumidores de cigarros.

<sup>22</sup> Cfr. outra vez DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 541. p. 179.

Diante disso, não há entre os dois pedidos cumulados pela União aquela *co-nexidade subjetiva* indispensável para a cumulação simples.

## 18 A incompatibilidade procedimental – As vantagens da ação civil pública pretendida pela União

Retornemos ao tópico n. 16 (*supra*) e ao disposto no inc. III do art. 327 do Código de Processo Civil, segundo o qual para a admissão do cúmulo simples é indispensável que “seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento”. Aqui no presente caso a União Federal formulou um pedido no próprio interesse, cumulado com um outro, no interesse da coletividade, quando para esse segundo pedido a ação civil pública é adequada, mas quanto ao primeiro, não – e com a pretensão de que esses dois pedidos sejam processados, tratados e afinal decididos como se ambos fizessem parte de uma *ação civil pública*. Na realidade, ao falar em mesmo tipo *de procedimento*, o legislador colocou uma regra de espectro mais amplo do que seria se se cuidasse somente de *procedimentos* iguais. A exigência do inc. III do art. 327 está a exigir que não apenas o tipo de procedimento deve ser o mesmo adequado para ambos os pedidos cumulados, mas, acima disso, a *mesma espécie de processo*. Não fosse assim, cairíamos no absurdo de permitir o cúmulo de um pedido de sentença de mérito, para o qual é adequado o processo de conhecimento, com um pedido de execução por título extrajudicial, cuja via adequada é o processo de execução. Daí se extrai que não somente o tipo de procedimento a ser observado deve ser o mesmo para ambos os pedidos, mas também a *mesma espécie de processo*.

Ora, ao cumular aqueles seus dois pedidos sob o manto da *ação civil pública*, a União Federal pretende que essa espécie de processo abrigue não só um pedido de tutela coletiva (como é natural), mas também o pedido de uma condenação a seu próprio favor, o que destoa do sistema porque essa espécie de processo difere do processo regido pelo direito processual comum, ou seja, pelo Código de Processo Civil. Destaco três pontos que diferenciam essas duas espécies de processos.

*A participação do Ministério Público.* Na ação civil pública a participação do Ministério Público é indispensável, como dispõe o art. 92 do Código de Defesa do Consumidor (“o Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”). No processo civil comum, o *Parquet* só é chamado a intervir em casos estritamente tipificados em lei (interesse público ou social, interesse de incapaz – art. 178, incs. I-II) e o Código de Processo Civil é particularmente incisivo ao estabelecer que “a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público” (art. 178, par.).

*Inversão do ônus da prova.* Na ação civil pública, o juiz é amplamente autorizado a inverter o ônus probatório em favor dos consumidores, como dispõe o art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor – enquanto que, no sistema do Código de Processo Civil, apenas em casos especialíssimos o juiz pode distribuir esse ônus de modo diferente daquele indicado em seu art. 373, incs. I-II. O §1º desse dispositivo condiciona essa flexibilização à presença de certos requisitos, diante de certas peculiaridades relevantes da causa ou do processo (dificuldade para cumprir o encargo, maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário etc.).

*Honorários da sucumbência.* Nas ações civis públicas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, o autor, quando sucumbente, só responderá pelos honorários de advogados em caso de *comprovada má-fé* (CDC, art. 87), enquanto que no sistema do Código de Processo Civil os honorários e outras despesas do processo constituem uma consequência automática e obrigatória da sucumbência (CPC, art. 85, *caput*). Com ou sem má-fé, o autor sucumbente será condenado a pagá-los (*victus victori*).

Diante disso, vê-se com extrema clareza e segurança que a ação civil pública movida pela União e o seu pedido de condenação por danos morais coletivos não podem ser reunidos em um processo só.

## **Parte V – Litigância de má-fé e os encargos da sucumbência**

### **19 A disciplina dos encargos da sucumbência – No Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor**

Como já registrei e é notório, são diferentes as disciplinas dos encargos da sucumbência nos processos regidos pelo Código de Processo Civil e naqueles sujeitos ao regime do Código de Defesa do Consumidor. Lá a imposição desses encargos é automática e, salvo exceções, esses encargos são automaticamente impostos ao vencido (CPC, art. 85). Aqui, como dispõe o parágrafo do art. 87 do estatuto consumerista, eles só serão impostos à associação vencida em caso de má-fé na propositura da ação coletiva. Essa exigência está no Código de Defesa do Consumidor como meio de evitar que o risco de pagar custas e honorários em caso de sucumbência atue como fator de inibição do exercício de ação pelas associações.

### **20 A deslealdade da União – Litigância de má-fé**

A *lealdade* constitui o primeiro e mais elevado dos deveres das partes no processo. E o Código de Processo Civil, empenhado em desenhar um sistema

permeado pela ética de todos os sujeitos processuais e observância do dever de boa-fé, contém uma regra geral portadora da exigência de lealdade, segundo a qual “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” (art. 5º). Depois, em outros dispositivos, especifica exigências éticas mais pormenorizadas, como está na disciplina da *litigância de má-fé* (art. 80) e dos *atos atentatórios à dignidade da Justiça* (art. 774), impondo ao juiz o dever de reprimir condutas como essas (art. 139, inc. III – “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça”).

Estou consciente de que não convém ao sistema processual a exacerbação dos ditames éticos e o zelo muito arraigado por sua estrita observância, porque essa postura acabaria por produzir efeito contrário, inibindo o litigante honesto e bem intencionado e tolhendo-lhe a combatividade que é inerente ao legítimo exercício do contraditório (Liebman).<sup>23</sup> Mas a astúcia no litigar está sujeita a *limites* e não pode ir além dos expedientes integrados em estratégias processuais admitidas pela ética e pelo direito.

Aqui no presente caso, a União Federal veio a juízo motivada por uma para lá de intensa má-fé, travestindo de *ação civil pública* uma demanda manifestamente individual, em prol de seus próprios cofres e não de qualquer coletividade, com objetivo de tirar proveitos ilegais. Seria uma hipocrisia sustentar que seus qualificados procuradores, como profissionais de ponta que são, nada saibam sobre ação civil pública e sua vinculação aos direitos transindividuais. Agiram conscientemente em busca de um proveito ilícito pela via de sua falsa *ação civil pública*, em uma conduta desafiadora do dever de lealdade no processo. Com essa conduta incorreram inequivocamente na primeira das hipóteses de litigância de má-fé enunciadas pelo art. 80 do Código de Processo Civil (inc. I) – consistente em “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”. Eles se valeram da ação civil pública com a plena consciência de que a lei não a destina à defesa de direitos individuais.

<sup>23</sup> Cfr. LIEBMAN. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. n. 60, p. 124 trad.; v. ainda DINAMARCO. Ação rescisória, documento tardio, fato novo, transação, dolo da parte, preclusão. In: DINAMARCO. *Fundamentos do processo civil moderno*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 765. p. 1.353 ss.

## 21 Responsabilidade da União pelos encargos da sucumbência

As considerações e conceitos desenvolvidos no tópico anterior visam a demonstrar que, em qualquer hipótese, a União Federal, quando sucumbir, deverá responder pelos encargos da sucumbência. Se o caso for encarado como uma demanda regida pelo direito processual comum (Código de Processo Civil), ela responderá em razão do simples fato de sucumbir (art. 85). Se essa iniciativa vier a ser tratada como uma ação civil pública, ela responderá de qualquer maneira porque, nos termos do art. 87 do Código de Processo Civil, em ações dessa natureza o autor responderá sempre que tiver agido de má-fé – e, no presente caso, como à sociedade procurei demonstrar, a má-fé da União autora é uma realidade perceptível a olho nu.

## Parte VI – Conclusões e respostas aos quesitos

### 22 Retrospecto do parecer – Três vertentes distintas

Este parecer desenvolveu-se sobre três vertentes distintas, ou sobre quatro temas fundamentais da causa examinada, a saber: a) o tema da inadmissibilidade da ação civil pública movida pela União no exercício de uma legitimidade *ad causam* ordinária e na defesa de seus próprios interesses; b) o da coisa julgada material incidente sobre sua pretensão a uma tutela coletiva; c) o da inadmissibilidade de cumular um pedido de tutela individual com um pedido de tutela coletiva.

### 23 Inadmissibilidade da ação civil pública proposta pela União

No primeiro de seus quesitos, a consultante pede a opinião deste processualista sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade da ação civil pública proposta como caminho para a busca de uma tutela individual ao próprio autor. Indagam: “é cabível o ajuizamento de Ação Civil Pública, na hipótese concreta, para perseguir pretensão indenizatória da própria União?”

Respondi a esse quesito, dizendo enfaticamente: *não*. A ação civil pública é, por definição e segundo sua configuração no direito positivo, um instrumento destinado à tutela dos titulares de direitos *transindividuais* e não de direitos individuais do autor. Quanto ao primeiro de seus pedidos, a União Federal não age para a defesa de direitos de uma coletividade (direitos individuais homogêneos), mas com

vista a obter, *ela própria*, ressarcimento de despesas alegadamente suportadas para o tratamento médico aos consumidores. Pura *ação de ressarcimento*, portanto, fundada em uma suposta responsabilidade aquiliana que não diz respeito à coletividade dos consumidores de cigarros.

É tão aberrante a formulação de um pedido de tutela a si próprio no corpo de uma ação civil pública, e tão grotesco o erro cometido pela autora União Federal, que chego a ver nessa sua postulação uma conduta desleal qualificada como *litigância de má-fé*. Ao pedir uma tutela para si própria pela via de uma ação civil pública, essa autora incidiu na prática consistente em “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei”, tipificada pelo Código de Processo Civil (art. 80, inc. I) como *litigância de má-fé* suscetível de repressão mediante a responsabilidade por perdas e danos (art. 79). Talvez essa conduta não merecesse uma reprimenda dessa ordem se houvesse sido praticada por algum sujeito menos informado e pela mão de advogados inexperientes, mas nesse caso, em que o patrocínio da autora é realizado por um corpo de profissionais qualificadíssimos e de alto nível, tal escusa não teria razão de ser.

## 24 Não se trata de tutela transindividual

E prossegue a consulente indagando: “há relação jurídica litigiosa coletiva, no caso concreto? O ajuizamento de ação civil pública prescinde da existência de direitos transindividuais, seja de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea?”.

Também aqui a resposta é *não e não*. No primeiro de seus pedidos, a União passou muito longe da alegação de uma *relação jurídica coletiva*, pois a relação que alega teria em seu polo ativo ela própria, sendo ela a suposta credora a ser satisfeita e não os titulares de eventuais direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

## 25 Exercício de uma legitimidade ordinária e não extraordinária

Vem depois essa indagação: “no presente caso a União atua em regime de legitimação extraordinária, ou seja, para defesa de direito alheio, ou em legitimação ordinária, para defesa de direito próprio?”.

E respondo eu: ao pedir uma tutela a si própria, ou seja, ao agir em nome próprio e no próprio interesse, no tocante ao primeiro de seus pedidos, a autora

está muito longe da figura do substituto processual, que age sim em nome próprio, mas na defesa de direitos ou interesses de outrem (CPC, art. 18). Ela está, portanto, no exercício de uma legitimidade *ordinária* e não *extraordinária*, e toda a configuração da ação civil pública no ordenamento brasileiro converge exclusivamente ao exercício da legitimidade *extraordinária*, ou substituição processual.

## 26 Interesse de agir

Suscita ainda a consulente a seguinte questão: “a via da Ação Civil Pública seria adequada e útil? Em outras palavras, *teria a União interesse processual*, nas modalidades adequação e utilidade, para utilizar-se da via coletiva?”.

E respondo, ainda desta vez, que *não*. Interesse, em direito, é *utilidade*. Resolve-se na aptidão, que em tese possa ter determinado ato ou providência, a proporcionar ao sujeito e à sua esfera de direitos uma situação jurídica melhor, no tocante a dado bem da vida, do que a situação em que se encontrava antes.<sup>24</sup> Como há bastante tempo venho sustentando, existem dois confiáveis fatores indicativos da presença do interesse de agir em casos concretos, que são a necessidade da tutela jurisdicional e a *adequação* da tutela jurisdicional postulada.<sup>25</sup>

Aqui no presente caso é manifesta a ausência do interesse-adequação, uma vez que a autora União Federal vem por um caminho equivocado, exercendo uma ação tipicamente individual pela via da ação civil pública, que não se presta a pleitos dessa natureza.

## 27 Danos morais e coisa julgada – Presente a tríplice identidade

No tocante ao segundo dos pedidos contidos na petição inicial da União, a saber, no tocante ao pedido de condenação das empresas por danos morais coletivos, indaga a consulente se “a identidade de ações, para fins de caracterização de coisa julgada ou de litispendência, em ações coletivas, é identificada a partir da figura do legitimado ativo, ou considerando-se a coletividade substituída”.

O parecer discorreu longamente sobre essa questão (*supra*, n. 13). Na busca da tríplice identidade entre duas demandas para o fim de aferir-se a presença da litispendência ou da coisa julgada em caso de ações coletivas, não se leva

<sup>24</sup> Cfr. CARNELUTTI. *Teoria generale del diritto*. Roma: Foro it., 1940. §35. p. 58-61.

<sup>25</sup> Cfr. DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 632. p. 353 ss.

em conta a pessoa dos substitutos processuais, mas os *substituídos*, que são os únicos possíveis titulares dos direitos alegados, sendo a estes dirigida, e não àqueles, a tutela jurisdicional postulada. Os substituídos são, como vem sendo dito por prestigiosos doutrinadores, as *partes substanciais* do litígio. Não fosse assim, jamais haveria uma *auctoritas rei judicatæ* suficiente para impedir que, ao longo do tempo e infinitamente, a mesma pretensão voltasse a ser reapresentada em juízo por sucessivos legitimados extraordinários, a dano da *segurança jurídica* que a garantia constitucional da coisa julgada visa a oferecer. Permitir que um segundo substituto processual possa vir a juízo com uma demanda pelos mesmos danos coletivos seria, portanto, um ultraje à garantia constitucional da coisa julgada (Const., art. 5º, inc. XXXVI).

## 28 A coisa julgada no caso concreto

A consulente especifica mais concretamente essa indagação logo acima, ao perguntarem: “considerando que a União busca a indenização por danos morais alegadamente sofridos por toda a sociedade, em âmbito nacional, e considerando que houve idêntico pedido, fundado na mesma causa de pedir, em outra ação civil pública [...], incide o óbice da coisa julgada em relação a tal pedido?”.

Respondo que *sim*. Incide o óbice da coisa julgada em relação ao julgamento daquela primeira ação coletiva movida por outro substituto processual, que foi o Ministério Público paulista, sempre por aquele motivo logo acima explicitado, que é a constatação de que os substituídos são os mesmos lá e cá, sendo eles as *partes substanciais* do litígio.

## 29 Uma inadmissível cumulação de pedidos

E também indaga a ora consulente: “sendo o pedido relativo à indenização por danos materiais estritamente individual, e o pedido de danos morais alegadamente coletivo, seria possível a cumulação dos pedidos pela via da Ação Civil Pública?”.

Também aqui respondo que *não*. Como pormenorizadamente tratei de demonstrar a seu tempo, ao dispor que “é lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu”, o art. 327 está a estabelecer que um *mesmo autor* pode propor essa cumulação, não se admitindo esta quando proposta por autores diferentes. Ali está dito que *ao autor* é lícito cumular pedidos e não a um outro sujeito qualquer. Ora, somente quanto ao pedido de condenação a ressarcir supostos

danos materiais a Fazenda Pública está no processo como autor em causa própria. No tocante ao pedido de condenação de danos morais coletivos, a União é um mero substituto processual, que nada pede para si próprio porque os titulares de eventuais direitos a serem satisfeitos são os substituídos, qualificados como *partes em sentido substancial*. Tomo a liberdade de remeter os qualificados leitores ao que foi alongadamente exposto em tópicos especificamente focados nessa questão (*supra*, n. 11).

Além disso, há uma significativa *incompatibilidade* entre a regência do processo da ação civil pública e o das ações individuais, a saber: a) na ação civil pública, a *participação do Ministério Público* é sempre obrigatória, enquanto que nessa ação individual da União essa participação é severamente excluída; b) na ação civil pública, o juiz goza de ampla liberdade para *inverter o ônus da prova* em favor dos consumidores, ao passo que nos processos regidos pelo Código de Processo Civil ele poderá, somente em casos especialíssimos e nas hipótese ali descritas, distribuir esse ônus de modo diferente do disposto nos incs. I e II de seu art. 373; c) só nos processos das ações públicas afasta-se a incidência da autoridade da coisa julgada sobre as sentenças que as julgam improcedentes por insuficiência de provas (e no Código de Processo Civil tais sentenças são sim suscetíveis dessa *auctoritas*).

### 30 Honorários da sucumbência e reembolso de custas

E indaga ainda: “sendo a União julgada carecedora de ação pelos argumentos expostos ao longo do parecer, ou por razões de mérito, deverá ela ser responsabilizada pelo reembolso das custas recolhidas pela ora recorrente, bem como pelos honorários da sucumbência?”.

Respondo que *sim*. Pelo sistema do Código de Processo Civil, essa condenação é automática e imperativa, devendo ser obrigatoriamente imposta diante de um puro elemento objetivo, que é a própria sucumbência (CPC, art. 85). No sistema do processo coletivo, a condenação por esses encargos é condicionada ao dolo ou má-fé do autor (CDC, art. 87), mas, no presente caso concreto, essa deslealdade da União está muito clara, de modo que, em qualquer hipótese, esta deverá responder por eles.

### 31 Sínteses finais

*Primeira conclusão: ação civil pública inadmissível.* No tocante ao pedido individual de condenação a ressarcir danos, a ação civil pública movida pela União é da mais patente inadmissibilidade, porque as ações públicas são, por definição

e por sua destinação institucional, reservadas exclusivamente aos pedidos de tutelas coletivas.

*Segunda conclusão: coisa julgada material.* A pretensão a uma tutela coletiva por supostos danos morais sofridos pela população não comporta julgamento pelo mérito, em virtude da coisa julgada formada em torno de uma anterior sentença julgando improcedente uma outra ação civil pública de idêntico conteúdo, promovida por outro substituto processual (Ministério Público paulista).

*Terceira conclusão: um cúmulo de pedidos inadmissível.* A partir da disciplina geral dos cumulos simples de pedidos (CPC, art. 327), esse cúmulo proposto pela União é inadmissível porque (a) o primeiro desses pedidos é deduzido por esta na condição de sedizente credor por uma indenização, e no segundo ela comparece na simples condição de substituto processual, figurando pois os substituídos e não ela como *partes substanciais do litígio* e (b) são diferentes as regências legais do processo por uma ação individual e do processo por uma ação coletiva (danos morais).

*Quarta conclusão: responsabilidade por custas e honorários da sucumbência.* Saindo-se vencida, a União deverá arcar com todo o custo financeiro do processo (custas e honorários), (a) seja porque no sistema do Código de Processo Civil essa é uma inerência natural e automática da própria sucumbência, (b) seja porque atuou com manifesta má-fé, que nos processos coletivos constitui um fator que, associado à sucumbência, impõe a responsabilidade por esse custo.

*As conclusões práticas finais:* (a) o pedido individual de condenação a ressarcir deve ser excluído, não se lhe julgando o mérito, dada a manifesta inadequação da ação civil pública para pretensões dessa ordem (CPC, art. 485, inc. IV); (b) o pedido de tutela coletiva por danos morais também não reúne os pressupostos indispensáveis ao julgamento do mérito, porque o óbice da coisa julgada é um *presuposto negativo* para a admissibilidade desse julgamento (CPC, art. 485, inc. V); (c) o cúmulo de demandas proposto pela União deve ser rechaçado porque não satisfeitos os requisitos postos no art. 327 do Código de Processo Civil; (d) a União deve ser condenada pelas custas e honorários da sucumbência.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DINAMARCO, Cândido Rangel. A ação civil pública como instrumento para a defesa de direitos transindividuais e não individuais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 2, p. 229-255, abr./jun. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.02.012. Parecer.

---

Recebido em: 23.07.2024

Aprovado em: 23.07.2024