

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

CRISTIANO BECKER ISAIA

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MAGNO FEDERICI GOMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UEPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFES – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Henrique Ribeiro Cardoso; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-630-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Salvador/BA, nos dias 13 e 15 de junho de 2018, foi promovido em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), tendo como tema geral: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, a UFBA e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezesseis trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: teoria geral do processo contemporâneo; tutela processual coletiva; direito probatório; processo de execução e procedimentos especiais; e reflexos dos precedentes judiciais na legislação instrumental.

No primeiro bloco, denominado teoria geral do processo contemporâneo, iniciaram-se os trabalhos com textos sobre o ativismo judicial: as origens do protagonismo judicial no Direito Processual Civil, com estudo sobre a função do juiz e a teoria da decidibilidade, a partir do processo romano medievo; e a legitimação para o controle judicial de políticas públicas e ações afirmativas: parâmetros hermenêuticos, que apresentou os elementos de sindicabilidade da atuação judicial para efetivar direitos fundamentais. Após, passou-se à análise dos princípios processuais e normas gerais instrumentais em: deveres das partes como vetor das garantias de um processo constitucional democrático (lealdade processual, boa-fé e cooperação para efetivar o processo justo); a efetividade do processo judicial eletrônico brasileiro: uma análise sob a perspectiva da pessoa com deficiência visual, em que se visitou o amplo acesso à jurisdição para tais procuradores; tutelas jurisdicionais diferenciadas: apontamentos sobre a tutela provisória antecedente do novo Código de Processo Civil (CPC /2015), onde a estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória e seus efeitos exógenos de coisa julgada material foram analisados; e a flexibilização da vedação ao acordo

na ação de improbidade administrativa frente ao princípio do devido processo legal, que problematizou a diretriz da autocomposição do CPC/2015 em contraposição ao procedimento da ação de improbidade administrativa.

No segundo eixo, chamado tutela processual coletiva, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com: a mudança de paradigma do estado liberal para o social democrático e as tutelas processuais ambientais, em que se estudou a evolução histórica do paradigma de processo e as tutelas preventivas, inibitórias e ressarcitórias em ações civis públicas ambientais; análise do princípio do contraditório e ampla defesa à luz do processo coletivo, fazendo uma releitura de tais princípios na tutela coletiva; a inocorrência de prescrição na ação civil pública enquanto regra geral, estudando a imprescritibilidade na tutela coletiva; e especificidades do mandado de injunção coletivo, como vítima da crise de inefetividade das normas constitucionais, vício que o instrumento pretendia corrigir.

Na terceira fase temática, intitulada direito probatório, o primeiro trabalho foi: a exegese da hipossuficiência da parte na aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova no processo civil, que, a partir de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verificou que a carência financeira é o elemento primordial para se reconhecer a hipossuficiência para inverter a distribuição do encargo da prova; e o segundo texto foi: provas em matéria arbitral, analisando o papel do árbitro na validação dos elementos probatórios.

No quarta parte, cujo eixo foi processo de execução e procedimentos especiais, foram abordados os artigos: defesas do executado no CPC/2015, sobre a preexistência da objeção ou exceção de pré-executividade; e a competência em razão da pessoa no Juizado Especial Federal e suas problemáticas, que analisou a incapacidade de parte em oposição à competência absoluta nas pequenas lides federais.

No derradeiro bloco, que versou sobre os reflexos dos precedentes judiciais na legislação instrumental, expôs-se: como provocar o STF e STJ a superarem seus precedentes, firmados em recursos extraordinário e especial repetitivos, na sistemática do artigo 1.030 do CPC?: uma interpretação constitucional adequada, que objetivou dar uma interpretação conforme à Constituição sobre o cabimento de agravo interno contra decisões de inadmissão de Recursos Especiais e Extraordinários com base em precedente judicial de Tribunais Superiores; e ainda a relevante função da reclamação constitucional no CPC/2015, que analisou as cinco fases da ação impugnativa autônoma que assegura a autoridade das decisões dos tribunais e sua competência jurisdicional, bem como a nova função infraconstitucional de efetivação de precedentes judiciais.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

O neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, parte da premissa de que os princípios inseridos em uma Constituição têm força normativa, o que reforça, no Direito Processual, o seu caráter de instrumento para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual não se pode interpretar qualquer instituto processual dissociado do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais que regem a sua aplicação.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados ao Direito Processual Sustentável, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar entre o Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso

Universidade Federal de Sergipe e Universidade Tiradentes/SE

Prof. Dr. Magno Federici Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara e PUC Minas

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA ENQUANTO REGRA GERAL

THE PRESCRIPTION INOCORRENCE IN PUBLIC CIVIL LAW AS A GENERAL RULE

Adriano César Oliveira Nóbrega ¹
Celso Marins Torres Filho ²

Resumo

O objetivo desta pesquisa acadêmica, realizada por meio de revisão bibliográfica e análise de decisões jurisprudenciais, é verificar a possibilidade de incidência da prescrição na Ação Civil Pública. Primeiro, apresenta-se uma análise sintética do regramento da tutela coletiva no ordenamento jurídico para que, em seguida, seja analisado que, em demandas coletivas, a imprescritibilidade é a lógica do sistema jurídica. Por fim, verifica-se a incidência da prescrição na ACP e os motivos de sua não incidência. Conclui-se que as demandas que versam sobre tutela coletiva merecem incidência peculiar de determinados institutos e que a prescrição não deve ocorrer nessas ações.

Palavras-chave: Direito processual, Prescrição, Tutela coletiva, Ação civil pública

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this academic research, carried through a bibliographical and decisions review, is to verify the possibility of incidence of prescription in the Public Civil Action. First, analysis of the collective guardianship rule in the legal system is presented, so that it can be analyzed that, in collective demands, imprescriptibility is the logic of the legal system. Finally, there is the effect of limitation period and the reasons for its non-incidence. It is concluded that the demands that deal with collective tutelage deserve particular incidence of certain institutes and that the prescription should not occur in these actions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Related searches prescription, Collective guardianship, Related searches

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, um código ou sistema específico que trate sobre o processo coletivo, sendo esse instituto desenvolvido e estudado pelo o que os estudiosos do Direito Processual denominam de microssistema da tutela coletiva. O processo coletivo pode ser encarado como uma espécie, ao lado do processo individual, do gênero direito processual, portanto, depois da Constituição Federal de 1988, é dessa a principal fonte norteadora de normas e princípios jurídicos.

Ocorre que, ao buscar elementos basilares na teoria geral do direito processual¹, este tendo como principal objeto o processo individual, ou seja, de uma ou de um conjunto limitado de partes, conseqüentemente, a essência do processo individual afeta, erroneamente, a compreensão da tutela coletiva de direitos.

Com a evolução das relações sociais e da massificação de direitos, há uma grande necessidade de expandir os estudos acerca do processo coletivo, razão essa pela qual o presente estudo pauta-se em analisar e esclarecer algumas diferenças entre os regramentos do direito processual atinentes à tutela individual e coletiva.

Analisando a atual doutrina brasileira que se devota ao estudo da tutela coletiva, é possível notar que há uma insatisfação quanto à aplicação dos institutos jurídicos de maneira comum à tutela individual e coletiva, sendo constante no debate acadêmico a necessidade de aplicações distintas - ou pelo menos mitigadas - no que pese a determinados institutos quando a demanda judicial versar sobre tutela coletiva.

Considerando que o processo coletivo trata, em uma única demanda judicial, do direito material de um grande número de indivíduos - há situações em que o alcance da quantidade de indivíduos chega a ser imensurável - não podemos considerar que esse processo siga os mesmos moldes de um processo individual - ou limitado, vez que o microssistema da tutela coletiva merece um tratamento diferenciado, pois o próprio processo coletivo possui objetivos dissemelhantes.

Diante da ausência de um regramento único, a tutela coletiva é tratada na prática forense através de um emaranhado de normas que, por vezes, possuem o seu berço na

¹ O presente artigo não pretende abordar as teorias do fenômeno processual, como a Teoria da Relação Jurídica de Oskar Bilow, Teoria Instrumentalista de Cândido Rangel Dinamarco ou a Teoria Constitucionalista de José Alfredo Baracho. Quando falamos em teoria geral do processo, está a se estudar os pilares que envolvem o processo judicial, independente da teoria adotada.

aplicação dos instrumentos normativos de natureza individual, no entanto, por se tratar de uma tutela que atinge vários indivíduos, surge a necessidade de uma abordagem peculiar em alguns aspectos. Portanto, após uma sintética sistematização do atual panorama da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, será feita uma análise do ordenamento jurídico e do comportamento jurisprudencial pátrio sobre os institutos da prescrição e da decadência, analisando a existência de ações ou prerrogativas imprescritíveis.

Empós, pretende-se abordar nesse ensaio o instituto da prescrição e a sua ocorrência nos processos que versem sobre a tutela coletiva de direitos, verificando se há mudança na regra de aplicação se comparado ao processo individual e, principalmente, quais seriam as fundamentações para essa alteração paradigmática. Por sim, nas notas que antecedem as considerações finais, será verificado a (in) ocorrência deste instituto na Ação Civil Pública sob a ótica da jurisprudência e doutrina especializada sobre o tema, momento em que serão tecidos comentários atinentes ao tema.

2 O REGRAMENTO DA TUTELA COLETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Considerar o direito processual como um instituto autônomo foi possível graças à contribuição do polonês Oskar Bülow e de sua Teoria da Relação Jurídica apresentada no livro “*A Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*” publicado em 1868. Nessa obra, Bülow defendeu, em síntese, que o processo é uma relação jurídica *sui generis* composta pelo juiz, autor e réu, sendo essa uma formação necessária para análise da relação jurídica material posta em juízo. A partir de sua teoria foi possível estudar o processo de modo completamente autônomo ao direito material, vez que aquele possui especificidades que não se confundem com esse tipo de direito e, portanto, merece uma análise apartada.

Apesar de vanguardista para a sua época, a teoria de Bülow necessitou ser melhor desenvolvida pelos seus sucessores, tais como James Goldschmidt, Elio

Fazzalari, Cândido Rangel Dinamarco e José Alfredo Baracho², dado que tratar o processo como uma “relação jurídica” cria, de certo modo, uma figura de dominação entre quem possui determinada prerrogativa e quem deve exercer, positiva ou negativamente, algo para satisfazê-la em benefício do outro.

Do mesmo modo que Bülow ousou ao elaborar uma teoria que desse independência ao direito processual (gênero), é importante, dada a atual realidade das relações sociais, imaginarmos a espécie do direito processual coletivo independente ao direito processual que trata das relações individuais, vez que, para essas demandas, determinados institutos devem ser aplicados de modo distinto àquelas que versem sobre direitos de uma coletividade.

Quando se fala em realidade social atual, deve-se considerar a massificação de relações havidas na pós-modernidade³, vez que

Os interesses transindividuais não foram facilmente identificados e agrupados de maneira que pudessem ser devidamente tutelados. Escondidos nos rincões de uma sociedade eminentemente marcada pela individualidade e egoísmo, os direitos coletivos somente vieram à tona após largas transformações sociais. Em verdade, a coletividade somente presenciou a eclosão dos interesses massificados após sofrerem os limites de suas transgressões. Fazendo com que estes direitos, até então tímidos e ocultos, emergissem ao plano social evidenciando sua urgência por tutela e reconhecimento. (GAJARDONI, 2016, p. 133).

No ordenamento jurídico brasileiro não há uma legislação unificada que trate das ações coletivas postas em juízo, sendo essas demandas regidas pelo o que a doutrina nominou de *microssistema processual coletivo* (GAJARDONI, 2016, p. 134), composto pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), alguns Estatutos (da Criança e do Adolescente, do Idoso, etc.) e consolidado pela Constituição Federal de 1988.

² Para esse ensaio não há necessidade de digredir sobre as teorias processuais desenvolvidas pelos estudiosos, apesar de assumirmos que a adoção por uma ou outra teoria pode influenciar diretamente os institutos processuais. Não é o caso do objeto aqui analisado.

³ Entende-se como pós-modernidade o período posterior à queda do muro de Berlim, momento em que as relações pessoais foram massificadas e a globalização ganhou um novo rumo com a era digital.

O fato da legislação que trata a tutela coletiva estar dispersa em nosso ordenamento dificulta, demasiadamente, a correta interpretação dos institutos que cercam o processo coletivo. É que, em virtude de as disposições legais terem o seu nascedouro em dispositivos que abordam a tutela individual, a aplicação desses é realizada de modo congênere em processos individuais e coletivos,

Mais do que isso, a formação eminentemente individualista dos operadores influencia, negativamente, nesse quadro, fazendo com que a própria construção das normas atinentes ao processo coletivo, e mesmo a interpretação dessas normas, sofra com o individualismo reinante em nosso país.

Pode se dizer, sem medo da crítica, que o processo coletivo brasileiro, ainda hoje, é refém de uma ideologia individualista secular e que contamina as estruturas do direito processual civil brasileiro, inclusive no âmbito do Novo CPC (Lei nº 13.105/2015). (GAJARDONI, 2016, p. 134)

Desse modo, devemos conceber que o processo coletivo⁴ pode (e em alguns momentos deve) ter seu procedimento repensado pelo legislador e pelo juiz com a finalidade de melhor resguardar a tutela coletiva dos direitos. Servir-se do processo coletivo nos mesmos moldes do processo individual não é adequado, vez que o bem jurídico tutelado é quantitativamente (por vezes qualitativamente também) incomparável.

3 CONFLITO ENTRE O CÓDIGO CIVIL E A JURISPRUDÊNCIA? IMPRESCRITIBILIDADE ENQUANTO LÓGICA.

Iniciar a análise do instituto da prescrição sob a ótica do processo individual pode soar contraditório após a superação da exposição da necessidade de uma

⁴ O processo coletivo visa tutelar interesses e direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Conforme explanação sistemática de Fernando da Fonseca Gajardoni, os interesses e direitos tutelados pelo processo coletivo são separados em: I) Naturalmente Coletivos: são os direitos e interesses difusos e coletivos (*strictu sensu*), os quais são caracterizados pela sua indivisibilidade e publicidade do objeto; e, II) Acidentalmente coletivos: sendo os denominados direitos individuais homogêneos, que são caracterizados pela divisibilidade do objeto, de modo que a lesão e satisfação possam alcançar parte ou a integralidade do grupo (2016, p. 136).

interpretação e de um processo coletivo próprio. No entanto, o que deve ser entendido enquanto nova leitura e aplicação dos dispositivos processuais é a sua consequência procedimental e não a sua essência. Não se pretende defender que a prescrição deve ter seu substrato teórico alterado para um ou outro “tipo” de processo, mas que, a depender do bem jurídico tutelado⁵, a (não) aplicação ou sua mitigação deve ser considerada.

Pois bem, definir os institutos da prescrição e da decadência no ordenamento jurídico não é tarefa fácil, posto que renomados doutrinadores publicam livros inteiros dedicando-se exclusivamente sobre o tema⁶. A conceituação clássica da prescrição sendo uma causa extintiva da ação e a decadência a ceifadora do direito material nos parece, deveras, inadequada, sendo necessário uma definição mais robusta, nos moldes que fez Antônio Luís da Câmara Leal ao afirmar que

É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição. (LEAL, 1982, p. 133-134)

Apesar de incompleta⁷, a conceituação supra colacionada é o suficiente para progredir na análise desses institutos e a sua (in) ocorrência com relação aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

⁵ E aqui citamos como mero exemplo a ocorrência de revelia no processo civil e no processo penal, enquanto nesse os efeitos operam de modo mais ameno, naquele, as suas consequências podem definir a tutela jurisdicional no limiar da demanda (quando tratar unicamente de direito patrimonial, *verbi gratia*). Mesmo instituto, aplicações e consequências distintas a depender do bem jurídico posto em juízo.

⁶ Como por exemplo: Antônio Luís da Câmara Leal, Yussef Said Cahali e José Fernandes Simão, que possuem obras completas sistematizando os conceitos, os prazos, as causas de ocorrência e as suas consequências.

⁷ Apesar de bem conceituado, o critério utilizado por Câmara Leal para definir prescrição e decadência por ser considerado sutilmente falho, vez que carece de base científica, conforme reconhecido pelo próprio autor (1982, p. 434). No entanto, adotaremos esse conceito para prosseguirmos com a análise do objeto deste trabalho, visto que digredir sobre conceitos teóricos não é um dos escopos aqui visados.

A doutrina e a jurisprudência, de forma constante, tratam da imprescritibilidade de determinadas ações (declaratórias, de divórcio, de divisão e demarcação de terras, nulidade, etc.), no entanto, esse exame “*se ressentido de um certo empirismo. Não se encontra nos autores a fixação de uma doutrina, com princípios juridicamente estabelecidos. Tudo se reduz à casuística.*” (LEAL, 1982, p. 51). Pensar e somente pensar, sem analisar o mundo empírico/pragmático forense é perigoso e permite a existência e propagação de Poder Judiciário ineficiente e moroso. O artigo 205 do Código Civil de 2002 disciplina que “*A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.*”, logo, se utilizarmos uma cética hermenêutica que ignora o mundo fático, temos que nenhuma ação judicial é imprescritível. Não é verdade.

Para constatar esse deslize da interpretação gramatical e que seria impensável a impossibilidade de existência das demandas judiciais imprescritíveis, temos que ponderar às avessas. A título de exemplo, um contrato de compra e venda firmado por um absolutamente incapaz (artigo 3º do CC/02) ou um casamento realizado entre uma genitora e seu filho, apesar de claramente nulos, passariam a produzir todos os seus efeitos após o decurso do prazo geral de prescrição.

Nesse mesmo sentido é o entendimento da jurisprudência pátria, o qual pode ser exemplificado pelo julgamento do Recurso Especial nº 1353864/GO de relatoria do Professor e Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sidnei Beneti, onde afirmou que “*os atos nulos não prescrevem, podendo a sua nulidade ser declarada a qualquer tempo*”. Assim, analisando o ordenamento jurídico como um sistema orgânico coeso, tresloucada é a afirmação de que não existem ações imprescritíveis⁸, fazendo parte desse rol as ações declaratórias, constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial específico e, em regra, as ações que versem sobre tutela coletiva.

4 PRESCRIÇÃO E TUTELA COLETIVA: UMA ANÁLISE DE SUA (IN) OCORRÊNCIA

⁸ É importante registrar que o termo “ações imprescritíveis” é equivocadamente utilizado por parte da doutrina brasileira, vez que trata de ações não sujeitas à prescrição ou decadência. O presente trabalho visa apenas analisar a imprescritibilidade *strictu sensu*, ou seja, a incoerência do instituto da prescrição no processo coletivo, pondo de lado a análise quanto o instituto da decadência.

Não há, na legislação, previsão expressa quanto a incidência do instituto da prescrição nas demandas coletivas que versem sobre os interesses e direitos metaindividuais. Em verdade, no microsistema da tutela coletiva há menção ao instituto, apenas, nas demandas que i. são destinadas à aplicação das sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (artigo 23 da Lei nº 8.429/92); ii. os titulares do direito não se habilitem para receber valores individualizados em decorrência da procedência de demandas propostas em favor dos interesses individuais homogêneos; e, iii. versem sobre os direitos individuais do consumidor e suas respectivas ações singulares (LEONEL, 2011, p. 384).

Ao realizar uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro é forçoso afirmar que não ocorre a incidência dos institutos da prescrição e decadência nas demandas que envolvam direitos difusos e coletivos⁹.

Esse entendimento é concebido, principalmente, pela natureza do bem jurídico tutelado, que, como dito anteriormente, pode forçar a aplicação distinta de determinados institutos processuais. Além disso, os titulares do direito coletivo afetado não são legitimados para atuarem em juízo, vez que a legislação elencou representantes para propor as ações em defesa da coletividade, portanto, não se pode aceitar que fenômenos temporais extintivos afetem direitos e interesses coletivos¹⁰.

Uma das principais queixas de quem se posiciona contra a imprescritibilidade das ações coletivas diz respeito ao aclamado princípio da segurança jurídica necessária nas relações, vez que, em se tornando imprescritível, uma relação poderia ser posta em juízo a qualquer tempo para ser analisada e isso permitiria a existência de uma instabilidade em diversas situações jurídicas.

Antes de enfrentar esse argumento, faz-se imperioso destacar conceito adequado de segurança jurídica, de modo, que, nas palavras de Humberto Ávila

⁹ É imperioso registrar o posicionamento contrário da consagrada processualista Ada Pellegrini Grinover (em especial na Ação de Improbidade Administrativa) na obra Prescrição e Decadência: Aspectos Relevantes.

¹⁰ Parte da doutrina alega, ainda, que o ordenamento jurídico não prevê claramente as diretrizes e prazos para a propositura da demanda em juízo. Esse argumento nos parece frágil de ser sustentado, vez que é plenamente possível utilizar outras fontes do direito (além da norma jurídica positivada) para preencher as lacunas deixadas pelo legislador.

É uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-estatal das estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor de respeito à sua capacidade – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – de plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado de seu futuro. (SIMÃO, 2013, p. 155).

Compreende-se, então, que a segurança jurídica não visa unicamente a certeza, mas, especialmente, o equilíbrio. Ora, se o titular do direito não o defende porque não pode, vez que não é legitimado ativo para tanto¹¹, desarrazoado é que lhe seja imposta uma sanção pela inércia de seu representante. Ademais

Na prática, a não propositura de ações coletivas em curto ou médio lapso temporal a contar da violação ou lesão ao interesse, leva à inviabilidade concreta de seu futuro e longínquo ajuizamento. Em outras palavras, se a ação proposta não é proposta após razoável período de tempo contado a partir da ocorrência dos fatos, dificilmente será ajuizada anos depois. (LEONEL, 2011, p. 385).

Superado, assim, a ponderação quanto à segurança jurídica, temos que a doutrina aceita pacificamente a imprescritibilidade das ações coletivas enquanto regra geral, excetuando-se, quanto aos direitos individuais homogêneos, vez que estes são verdadeiros direitos individuais tratados coletivamente (daí serem nomeados de direitos acidentalmente coletivos).

Esse entendimento é consolidado pelo fato dos titulares dos direitos individuais terem a prerrogativa de ingressarem em juízo individualmente, ou seja, não precisam ser representados em juízo para ver seus interesses defendidos. Além do que, as lesões ao

¹¹ Os legitimados para propositura de ação civil pública, por exemplo, estão dispostos no artigo 5º da Lei 7.347/85, que são: I. O Ministério Público; II. A Defensoria Pública; III. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV. A autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e, V. Associações.

direito individual homogêneo, na hipótese de ocorrência em momentos distintos, podem ser aferidas particularmente e, se os eventos lesivos forem uniformes, surge a oportunidade de os indivíduos lesados escudarem os seus interesses. Na hipótese de direito individual homogêneo é plenamente possível identificar o curso do prazo prescricional a partir do evento lesivo, na tutela de direitos coletivos e difusos não¹².

5 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DOIS LADOS DA MESMA MOEDA

A Ação Civil Pública¹³ é disciplinada pela Lei nº 7.347/85, a qual, apesar de já ter sido objeto de diversas reformas, não prevê prazo prescricional para sua propositura destinada a tutelar direitos transindividuais, coletivos e difusos. O organismo do ordenamento jurídico clama para ser analisado em conjunto, jamais separadamente como fazem as outras ciências¹⁴ e, para melhor compreendermos o fenômeno da prescrição na Ação Civil Pública devemos considerar as previsões do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), o artigo 1º do Decreto 20.910/32 e, principalmente, o artigo 21 da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65).

5.1 Da prescritibilidade

De acordo com os normativos exteriores à Lei da Ação Civil Pública (alguns supra colacionados) e que se aplicam no que couberem a esta, a doutrina majoritária optou pela prescritibilidade quinquenal. A jurisprudência dos tribunais superiores é uníssona ao afirmar que

¹² Esse é o entendimento arrebatador da doutrina processualista moderna, v. g., LEONEL, 2011, p. 386 e DIDIER JR.; ZANETI JR., 272-287.

¹³ Destinada a ressarcir os danos causados ao meio-ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica, urbanística, honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, patrimônio público ou social e qualquer outro interesse difuso ou coletivo, conforme elencado no artigo 1º da referida lei.

¹⁴ Não iremos entrar nesse trabalho na pendenga dos estudiosos sobre a legitimidade do direito ser ou não uma ciência. O entendimento clássico é que o direito é e isso basta para a nossa análise sobre o instituto da imprescritibilidade da Ação Civil Pública. Para entendimento contrário ver: CAVALCANTE; BEDÊ, 2014, p. 339-356.

A grande afinidade entre ação popular e a ação civil pública, estabelecida pela semelhança do rito e, sobretudo, pelo vasto domínio comum das pretensões que por elas podem ser veiculadas, impõe que se adote como prazo prescricional dessa última, pelo menos no que se refere a pretensões que se inserem no domínio jurídico comum a ambas, o prazo quinquenal do artigo 21 da Lei nº 4.717/65. (2017, p. 76)

Desse modo, temos que, a regra geral da prescrição na Ação Civil Pública não é a mesma dos processos coletivos, vez que nesse a prescrição é exceção, enquanto naquela o prazo quinquenal é a regra que impera nos tribunais. Ainda de acordo com Zavascki, o conjunto normativo permite essa interpretação para considerar o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para a ACP destinada a tutelar direitos transindividuais (Zavascki, 2017, p. 76)

O entendimento que defende os 5 (cinco) anos como regra geral de prescrição na ACP não merece prosperar, visto que o legislador não determinou dessa forma e, caso assim o quisesse, teria feito no momento de elaboração do texto normativo. A escolha do legislador em não tratar de determinada matéria ao elaborar um texto legal é uma decisão de mesmo peso quando discorre sobre algo, logo, não se deve considerar a omissão legislativa um mero esquecimento, mas sim uma opção racional.

Desse modo, o entendimento de Ricardo Barros Leal aparenta ser mais plausível para o presente caso, posto que defende o prazo ser sempre o geral, hoje, de 10 (dez) anos previsto no caput do artigo 205 do CC/02 (2013, p. 360). No entanto, é forçoso dissentir com a consideração de sempre aplicar a regra geral, principalmente, quando há expressa previsão pelo prazo quinquenal, como é exemplo a previsão do Código de Defesa do Consumidor.

5. 2 Da imprescritibilidade

Sem prejuízo das conclusões anteriores, deve-se considerar que a regra geral de prescrição para a ACP é o prazo decenal, salvo expressa previsão normativa. Pois bem, o outro lado da moeda no que tange a Ação Civil Pública é envolto pela imprescritibilidade quando essa demanda versar sobre ressarcimento de danos ao erário.

Ada Pellegrini Grinover, em parecer dado em um caso concreto, com vasta fundamentação (Pontes de Miranda, Câmara Leal, Clóvis Beviláqua, Galeno Lacerda e outros), chegou às seguintes teses: i. Ocorre extinção da legitimação extraordinária do Ministério Público pelo curso do prazo decadencial ou prescricional previsto na Lei nº 8.429/92; ii. Ocorrências de prazos decadenciais e prescricionais de nos casos de condenação em multa e danos morais; iii. Infortúnio da regra constitucional frente à necessidade ética de prazos extintivos de direitos; iv. A ausência de prazo prescricional gera intolerável insegurança jurídica¹⁵; e, v. Há uma verdadeira aproximação entre os procedimentos da ACP e Ação Popular (2007, p. 32-34).

É importante notar que o §5º do artigo 37 da Constituição Federal é cristalino ao afirmar que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”. Na ótica de Didier Jr. e Zaneti Jr.:

Lendo a *contrário sensu* chega-se à seguinte conclusão: a lei não estabelecerá (não poderá estabelecer) prazos de prescrição para as respectivas ações de ressarcimentos. Vale dizer, o dispositivo reza que a lei deverá dispor de prazos de prescrição para apuração e responsabilização dos agentes públicos que provocarem prejuízos ao Erário. Porém, essa prescrição não atinge o direito de ressarcimento dos danos civis. (DIDIER JR, ZANETTI JR, 2009, p. 286)

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal em 2013 manteve seu entendimento quanto à imprescritibilidade no julgamento do Recurso Extraordinário 606224/SE, onde foi citado o julgamento do MS 26.210/DF de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que firmou o entendimento pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos ao erário. *Ipsis litteris*:

¹⁵ GRINOVER chega a citar que até mesmo o crime de homicídio seria prescritível, logo, para a autora seria errôneo considerar a imprescritibilidade de ações que visem reparar o erário. *Data vênia* esse entendimento deve ser superado, pois, o Estado pode salvar um incontável número de vidas com a pecúnia obtida em uma reparação, enquanto o crime de homicídio afeta uma única vida. Não se busca aqui sopesar as normas (ou a sua lesão), mas esse argumento, em especial, parece ser facilmente superado.

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada.

É importante frisar que a interpretação da norma imprescritível deve ser realizada de modo restritivo, pois, apesar de não ser absoluto, a segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas e sociais devem ser consideradas regra no nosso ordenamento. Se a prescrição é a regra, a imprescritibilidade é a exceção, logo, deve ser tratada de modo restritivo.

Divergindo do posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, conclui-se em consonância com o entendimento do Professor Zavascki, o qual adota como imprescritível as ações que visem reparar o erário apenas as ACPs que visem ressarcir danos advindos de atos de improbidade administrativa de que trata o § 4^o¹⁶ do art. 37 da CF/88, podendo-se agregar a esse entendimento restritivo “*as ações que têm por objeto danos decorrentes de ilícitos penais praticados contra a administração pública*” (ZAVASCKI, 2017, p. 77), com exceção, e aqui concorda o autor, os atos culposos do ilícito penal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regramento processual que versa sobre tutela coletiva no direito brasileiro ainda precisa ser bastante evoluído, em especial, pelo Poder Legislativo que está inerte diante do irrefreável avanço social, o qual está sendo atendido pelo progresso obtido no

¹⁶ § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

âmbito jurisprudencial e doutrinário, o que não é suficiente. Faz-se imperioso um regramento peculiar para os processos coletivos em virtude de suas particularidades de ordem processual e material. É necessário um código de processo civil coletivo ou, no mínimo, uma lei que unifique o microssistema da tutela coletiva. A partir de então, será possível alcançar o direito material coletivo de modo mais eficaz, vez que os dispositivos processuais seriam repensados para essas demandas.

Essa concepção consequencialista dos dispositivos legais possibilitou a constatação de que institutos já firmados no senso comum do meio jurídico não devem ser vistos sob a ótica da tutela individual de direitos. Pela convergência dos entendimentos firmados, tem-se que o instituto da prescrição deve ser repensado quando este for invocado para extinguir demandas que versam sobre a tutela coletiva.

Os processos que tutela direitos coletivos, em regra, não são passíveis de serem declarados prescritos, logo, a incidência da extinção de um processo pela inércia dos legitimados ativo é a exceção, a qual ocorre tão somente no âmbito da Ação Civil Pública, que protege direitos transindividuais homogêneos, ou seja, os denominados acidentalmente coletivos. Esse posicionamento foi alcançado graças à constatação de que os direitos tutelados por essa ação podem ser tutelados individualmente, ou seja, a inércia do representante não é um argumento válido para justificar a ausência da defesa dos interesses individuais. Nessas relações impera, então, a tão aclamada segurança jurídica

Portanto, tem-se que a regra para os processos coletivos é a imprescritibilidade, principalmente, por ser uma tutela de direitos massificada, enquanto a exceção busca guarida na tutela de direitos transindividuais homogêneos, sendo esse um posicionamento distinto ao de entendimento de Ada Pellegrini Grinover, que entende pela prescritibilidade quinquenal em todas as ações coletivas. Da mesma maneira, tem-se que a prescrição das ações coletiva deve seguir a regra genérica prevista no artigo 205 do Código Civil de 2002, ou seja, o prazo decenal, salvo disposição em contrária na legislação específica.

A exceção da exceção, ou seja, a imprescritibilidade da Ação Civil Pública só será possível ser constatada quando essa demanda versar sobre ressarcimento ao erário, conforme entendimento firmado pela doutrina especializada (Zavascki, Barros Leal,

Didier Jr. e Zaneti Jr., etc.) e cancelado pelo Supremo Tribunal Federal em recente julgado.

Resta assim, deste trabalho, a exaltação para uma discussão séria e atualizada sobre a tutela coletiva de direitos (e a tutela de direitos coletiva, como frisa Zavascki), na firme convicção de que os processo coletivo precisa ser visto sob uma nova ótica que se desagarre dos conceitos individualistas da tutela individual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 20.910 de 06 de janeiro de 1932**. Acessado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm> Consultado em 20 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 jun. 2017.

WANDOWSKI%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j7d97lv> Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm> Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm> Acesso em: 20 jun. 2017.

CAVALCANTE, Ricardo Henrique Silva de Sá; BEDÊ, Fayga Silveira. O Direito é Ciência e a Terra é Plana: investigação sobre a natureza do conhecimento jurídico, implicações e desdobramentos. Fortaleza: **Revista Opinião Jurídica**, 2014.

DIDIER Júnior, FREDIE; ZANETI Júnior, HERMES. **Curso de direito processual civil – processo coletivo.** 4ª edição. Salvador: JusPodvm, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O processo coletivo refém do individualismo.** In: Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo. Vol. 8. Coord. Hermes Zaneti Jr. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 133-156.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Prescrição e Decadência, Processo Civil: Aspectos Relevantes.** São Paulo, Método, v. 2, 2007.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da Prescrição e da Decadência**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.