

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

TUTELA COLETIVA E INTERESSES METAINDIVIDUAIS

DOUGLAS SILVA TELLES

**São Paulo
2008**

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

TUTELA COLETIVA E INTERESSES METAINDIVIDUAIS

DOUGLAS SILVA TELLES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico

Orientador: Prof. Dr. Helcio Ribeiro

**São Paulo
2008**

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

TUTELA COLETIVA E INTERESSES METAINDIVIDUAIS

DOUGLAS SILVA TELLES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hécio Ribeiro – Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Profa. Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Profa. Dra. Regina Sahn
Faculdades Integradas Campos Salles

São Paulo
2008

Dedico esse trabalho e os bons frutos dele à minha querida esposa e ao meu filho, que tanto me ajudaram na concretização de mais esse projeto.

AGRADECIMENTOS

Foram muitos, os que me ajudaram a concluir esse trabalho. Devo agradecer especialmente, entretanto, à minha esposa e meu filho, pela confiança e pelo apoio oferecidos, ao meu querido amigo e irmão João Paulo, pela colaboração e paciência, aos amigos do curso, pelas discussões construtivas sobre o assunto e pela amizade, à direção, aos professores e aos colegas que participaram deste trabalho, e, é claro, ao Professor Doutor Helcio Ribeiro, que com sua firmeza e dedicação conseguiu orientar-me de forma completa para desenvolvimento do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise e discussão a respeito da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro por meio da exposição dos interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), com suas formas existentes, evolução e extensão. Como tutela coletiva, a exposição se inicia pela apresentação da ação popular, prevista na Lei nº 4.717/1965, seguido pela ação civil pública, prevista na Lei nº 7.347/1985, e, por fim, pela ação coletiva, recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990. É utilizada a *Class Action* norte-americana como referência para explicar a origem e forma das ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, é proposta como discussão a existência de uma única ação judicial de natureza coletiva para defesa de todos os interesses metaindividuais e a extensão da legitimidade, para que a ação coletiva brasileira possa ser ajuizada por um único indivíduo, a partir da admissibilidade dessa ação, tal qual ocorre no instituto de referência.

ABSTRACT

This study aims at the analysis and discussion about the collective authority in Brazilian law through the exposure of plural interest (diffuse, collective and individual homogeneous), with its existing forms, evolution and extension. How to guardianship collective, the exhibition begins by presenting the popular action provided for in Law no. 4.717/1965, followed by action civil service, provided by Law no. 7.347/1985, and finally through collective action, approved in Brazilian law by the Code of Consumer Protection, Law no. 8.078/1990. It used the Class Action North America as a reference to explain the origin and form of collective actions in Brazilian law. Finally, it proposes discussion as the existence of a single lawsuit nature of collective defense for the interests of all metaindividuais and extent of legitimacy, so that the Brazilian collective action can be judged by a single individual from the admissibility of such action, just as occurs in the Office of reference.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O INTERESSE METAINDIVIDUAL E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL	13
1.1. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS quanto a sua extensão.....	15
1.2. CLASSIFICAÇÃO DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS QUANTO A SUA NATUREZA: DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS AOS DIFUSOS.....	17
1.2.1. Direitos Difusos	17
1.2.2. Interesses Coletivos	19
1.2.3. Interesses Individuais Homogêneos	20
2. OS DIREITOS COLETIVOS E SUA DEFESA NO DIREITO ESTRANGEIRO	21
2.1. A AÇÃO POPULAR.....	21
2.2. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEI Nº 7.347/1985.....	26
2.2.1. Conceito e campo de utilização	26
2.2.2. Legitimidade para agir	27
2.2.3. Foro competente	28
2.2.4. Coisa julgada	31
2.2.5. Fundo para defesa dos interesses difusos	32
2.2.6. A questão do controle de constitucionalidade	32
2.2.7. O inquérito civil	34
2.4. AÇÃO CIVIL COLETIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	37
3. INTEGRAÇÃO ENTRE A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	42
3.1. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO CIVIL COLETIVA	43
4. ASPECTOS PROCESSUAIS DA TUTELA COLETIVA	46
4.1. LEGITIMADOS A PROPOR AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E DE AÇÕES COLETIVAS .	46
4.2. O LITISCONSÓRCIO ENTRE ÓRGÃOS ESTADUAIS E FEDERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	48

4.3. A QUESTÃO DO FORO COMPETENTE	49
4.4. O DOGMA E Os limites da coisa julgada	50
4.5. TRANSAÇÃO	51
5. A CLASS ACTION	54
5.1. A IMPORTAÇÃO DO MODELO NORTE-AMERICANO	54
6. CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68
ANEXO 1 - ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS	76
Seção II – Da litispendência e da continência	89
Seção III – Das condições específicas da ação coletiva e da legitimação ativa	89
Capítulo V – Da prova.....	97
Capítulo VI – Do julgamento, do recurso e da coisa julgada	97
Capítulo VII – Das obrigações específicas.....	99
Capítulo VIII – Da liquidação e da execução.....	101
Capítulo II – Do mandado de injunção coletivo	109
Capítulo III – Da ação popular	111
Capítulo IV – Da ação de improbidade administrativa.....	111
PARTE V – DISPOSIÇÕES FINAIS.....	112

INTRODUÇÃO

O objetivo que se pretende alcançar com o presente trabalho é justificar a utilização de uma tutela coletiva eficiente para defesa dos interesses metaindividuais, para que este prevaleça sobre a tutela individual e, por conseqüência, aquele repercuta de forma mais efetiva na sociedade.

Os interesses metaindividuais, na doutrina do *civil Law*, partem dos mais superficiais, os interesses individuais homogêneos, que vinculam os indivíduos por uma situação de fato, disponível e que poder-se-ia pretender a sua defesa individualmente e vão até os difusos; interesses coletivos indisponíveis, cuja tutela é cabível mesmo que o indivíduo não manifeste interesse em sua defesa.

Por muito tempo, não houve no ordenamento jurídico brasileiro um instrumento específico para a tutela desses interesses metaindividuais, os quais somente com o advento da Lei da Ação Popular, em 1965, foi que passou a prever uma hipótese para a tutela de algum interesse não individual, contudo com atuação limitada e específica ao cidadão para controle dos atos dos servidores estatais.

Todavia, uma característica importante da ação popular que se torna bastante relevante na conclusão deste trabalho é a possibilidade de um indivíduo, especificamente neste caso, um cidadão brasileiro regular com suas obrigações como tal, agir pessoalmente em nome da coletividade sem litisconsórcio ativo, embora tal atuação estivesse limitada as hipóteses da lei.

Vinte anos após o advento da Lei da Ação Popular, em 1985, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou a Lei da Ação Civil Pública, que das diversas novidades, além de prever hipótese de interesses que envolvessem a proteção da Administração Pública e garantir a lisura dos atos de seus agentes, ampliou a legitimidade ativa e a abrangência territorial de suas decisões.

Tais inovações foram baseadas na *Class Action* do *Common Law* norte-americano, devidamente adaptado, porém limitando a atuação dos interessados no pólo ativo para propositura das ações de interesses metaindividuais.

Além disso, a Lei da Ação Civil Pública antecipou a Constituição Federal de 1988, cujo teor foi recepcionado por esta após sua promulgação, que conferiu importância ao Ministério Público na defesa dos interesses metaindividuais, guardião da lei e defesa dos anseios sociais, além de estender a possibilidade de defesa a diversos organismos sociais atuantes e de abrir a possibilidade de organizações de indivíduos também para defesa dos interesses metaindividuais, desde que aglutinados em associações.

Esse talvez tenha sido o grande marco da defesa dos interesses metaindividuais, pois, ao ampliar a relação dos legitimados a agir e qualificar os interesses metaindividuais, fez com que a sociedade tivesse uma ferramenta efetiva para defesa de seus interesses.

Tal preocupação com a defesa dos interesses metaindividuais ficou muito mais evidente com o advento da Constituição. Poder-se-ia, especulativamente, atribuir ao desenvolvimento das relações históricas do país, porém o fato é que no ato da promulgação da Carta Magna brasileira, ficou previsto, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 48, que o Congresso Nacional elaboraria o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, em 1990, é recepcionado o Código de Defesa do Consumidor, festejado e destacado em diversos segmentos sociais como a ferramenta para conter abusos dos fornecedores.

Contudo, embora houvesse uma divulgação em massa das inovações materiais do Código de Defesa do Consumidor, houve no seu texto uma inovação processual tão importante e capaz de transformar a defesa dos interesses individuais homogêneos e trazer a reflexões a possibilidade de uma tutela coletiva única capaz de defender a totalidade dos interesses metaindividuais: a ação civil coletiva.

Essa ação civil coletiva, além de ter fundamento na Lei da Ação Civil Pública, especialmente no que tange aos seus legitimados, faz clara referência às *Class Actions for Damages* norte-americanas, que se assemelha a defesa dos interesses individuais homogêneos do Código de Defesa do Consumidor.

As inovações na tutela coletiva, historicamente recente, dão indícios de que há uma preocupação com prevalência do interesse coletivo em detrimento da concepção individualista arraigada no sistema formal do Direito brasileiro.

Logo, o ordenamento jurídico brasileiro possui três ferramentas para defesa dos interesses metaindividuais: uma pouco usual para defesa dos interesses dos cidadãos quando o agente público age contrariamente ao Estado, interesses que sendo de natureza difusa e coletiva, poderão ser tutelados por ação Civil Pública e, outras duas que restringem a legitimidade do pólo ativo e que se distinguem apenas pelo seu objeto: ação civil pública para defesa dos interesses difusos e coletivos e ação civil coletiva para defesa dos interesses individuais homogêneos.

E dessa necessidade de uma tutela coletiva que atenda efetivamente os anseios sociais, justifica-se a escolha do tema “Tutela Coletiva e Interesses Metaindividuais”, para trazer ao diálogo ferramenta processual de pouca repercussão retórica e acadêmica, porém extremamente eficiente quando atingido o seu objetivo material.

Por fim, de forma meramente informativa para dar supedâneos às citações feitas, faz-se, ainda, menção ao Código Modelo do Código de Processo Coletivo Ibero-americano e das abordagens históricas feitas no que tange a tutela coletiva não especificada. Emprega-se, então, o método da pesquisa bibliográfica, com nuances de estudo de direito estrangeiro.

Firmadas as premissas que estabelecem os necessários contornos desta dissertação, passa-se a desenvolver o presente estudo que, em síntese, propõe a unificação das tutelas coletivas existentes como forma de defesa dos interesses metaindividuais e, por conseqüência, acesso a justiça.

1. O INTERESSE METAINDIVIDUAL E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL

Para atingir diretamente o que se pretende com o presente trabalho, é primordial estabelecer parâmetros para o direito que se pretende ver tutelado.

Para este trabalho não bastam os direitos fundamentais do homem-indivíduo que reconhecem a autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.¹²

Rodolfo de Camargo Mancuso define o interesse individual da seguinte forma, a saber:

[...] é individual o interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Se o interesse é bem exercido, só o indivíduo disso se beneficia; em caso contrário, só ele suporta os encargos. Assim se passa, por exemplo, com o interesse do credor em receber seu crédito.³

Não se trata também de qualificar uma espécie de direito, mesmo porque o Direito Individual, muitas vezes, tratam também de direitos fundamentais preciosos. O que se pretende aqui é superar a idéia de que prevalência para que se possa buscar a defesa dos interesses metaindividuais. Logo, o que se buscará por meio do presente trabalho é a satisfação dos interesses não individualizados ou coletivamente considerados, que atendam os anseios de um maior número de indivíduos⁴.

¹ Rev. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 2, n. 1, p.219-35, jan./jun. 2006.

“[...] é individual o interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Se o interesse é bem exercido, só o indivíduo disso se beneficia; em caso contrário, só ele suporta os encargos. Assim se passa, por exemplo, com o interesse do credor em receber seu crédito.”

² CANOTILHO, Jose Joaquim G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.141.

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 58-60.

⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v.1. p. 56-7.

Interessa, portanto, o direito que vai além do indivíduo, direitos que Rodolfo de Camargo Mancuso⁵ afirmou serem dispensáveis, porém as classificou em três categorias denominadas como interesse social, geral e interesse público e todas possuem natureza metaindividual⁶.

Por interesse social, o autor supracitado o conceitua como:

'Interesse social', no sentido que concerne ao presente estudo, é aquele que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que a sociedade entende por 'bem comum'; o anseio de proteção a res publica; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes. Tomando-se o adjetivo 'coletivo' num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos.⁷

Ricardo Ribeiro Campos, também nesse sentido, ensina que:

Para verificarmos se um direito é indivisível ou não devemos nos indagar se a transgressão ao interesse em exame pode ser direcionada exclusivamente a um sujeito determinado ou se é possível a qualquer um dos integrantes do grupo de pessoas invocarem, isoladamente, uma prestação jurisdicional que lhe assegure o bem jurídico para si. Assim, se o direito puder ser pleiteado individualmente por qualquer integrante do grupo, estaremos diante de direitos divisíveis, caso contrário encontraremos direitos indivisíveis.⁸

Daí pode-se entender como interesse social àquele exercido coletivamente, aliás, esse interesse geral está mais reservado a determinados grupos sociais, e é representado pela congregação de diversos interesses de natureza individual considerados em grupo por um direito afrontado em comum.

Por outro lado o interesse geral está reservado a determinados grupos sociais e é definido pela aglutinação de vários direitos individuais, por meio de grupos. Por essa razão é tênue a linha que distingue o geral do interesse público, certo que na visão lato, confundem-se.

⁵ MANCUSO, op. cit., p. 29.

⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 21. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

⁷ MANCUSO, op. cit., p. 29.

⁸ Legitimidade do Ministério Público para defesa de interesses individuais homogêneos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 50, p. 189.

Assim, a distinção entre o interesse público, geral e social é caracterizado pela coletividade de indivíduos e a presença do Estado, uma vez que este decide acerca dos interesses relevantes para a sociedade.

Por essa razão, ainda que haja a esta classificação o próprio Rodolfo de Camargo Mancuso, trata a classificação como irrelevante, ao dizer: “tomando-as, basicamente, como sinônimas, chega-se a uma desejável concreção, evitando-se os inconvenientes de um excesso terminológico.”⁹

Dessa forma, a classificação dos interesses metaindividuais é fundamental para se determinar a importância com que se deve tratar a tutela desse interesse, especialmente se considerada sua extensão.

1.1. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS QUANTO A SUA EXTENSÃO

Para classificação dos direitos quanto sua extensão existe uma sistematização clássica que os coloca em gerações. Contudo, na visão de Ingo Sarlet¹⁰ e Paulo Bonavides¹¹, a expressão geração é inadequada, uma vez que não há substituição de uma geração por outra nova assim classificada.

Para traduzir melhor a extensão do direito e sua classificação deve-se falar em dimensões, exatamente porque esta não substitui a anterior, apenas a complementa.

Feitas as considerações necessárias para justificação da utilização da terminologia dimensão ao invés de geração, passa-se a tratá-los pontualmente.

Teori Albino Zavascki¹² afirma que durante o século XVIII surgia a idéias de direitos fundamentais representada pela Declaração dos Direitos do Homem, idealizada pela Revolução Francesa com base em seus fundamentos de liberdade, igualdade e fraternidade.

⁹ Op. cit, p. 36.

¹⁰ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.93.

¹² ZAVASCKI, Teori Albino. **Direitos fundamentais de terceira geração**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/121>. Acesso em: 23 set. 2008.

Por conseqüência, o século seguinte, marcado por esses ideais concebeu o surgimento dos direitos de primeira geração. Porém, ao final deste século XIX, em decorrência da crise do Estado Liberal, há a necessidade da proteção de direitos econômicos e sociais como direito de segunda geração, representado pelo surgimento do Estado do bem-estar social.

Nova crise, no século XX os conflitos dos direitos sociais, ineficientes à época, passa-se a ter importância à solidariedade que se consolidada como direito de terceira geração.

Enfim, retomando a classificação proposta por Ingo Sarlet¹³ e Paulo Bonavides¹⁴, são direitos de primeira dimensão, os interesses individuais vinculados à liberdade, igualdade, propriedade e segurança e às diversas formas de opressão.

Já os direitos de segunda dimensão são aqueles que têm finalidade social, econômico e cultural¹⁵.

Finalmente, o que interessa a presente dissertação, os direitos de terceira dimensão, tidos como de interesses metaindividuais: direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. Há que ressaltar a divergência apontada por Antonio Carlos Wolker e José Rubens Morato Leite¹⁶, *in verbis*:

Ao reconhecer os direitos de terceira dimensão é possível perceber duas posições entre os doutrinadores nacionais: a) interpretação abrangente acerca dos direitos de solidariedade ou fraternidade (Lafer, Bonavides, Bedin, Sarlet) – incluem-se aqui os direitos relacionados ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente sadio, à qualidade de vida, o direito de comunicação etc.; b) interpretação específica acerca de direitos transindividuais (Oliveira Jr.) – aglutinam-se aqui os direitos de titularidade coletiva e difusa, adquirindo crescente importância o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor.

A evolução legislativa pátria no que tange às tutelas judiciais coletivas exemplificam a demanda de proteção desses interesses, uma vez que o resultado futuro poderá atender melhor os anseios sociais.

¹³ 4 SARLET, op. cit.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed., São Paulo, Malheiros, 2007. p.93.

¹⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das letras, 1998. p. 125.

¹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.7.

Além dessa classificação, apenas para mencionar, são denominados direitos de quarta dimensão aqueles relativos à biotecnologia, bioética e regulação da engenharia genética. E, classificados como direitos de quinta dimensão, os advindos das tecnologias de informação, Internet, ciberespaço e realidade virtual em geral.

1.2. CLASSIFICAÇÃO DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS QUANTO A SUA NATUREZA: DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS AOS DIFUSOS

Não é possível determinar se a natureza dos interesses metaindividuais na maioria das vezes é pública ou privada. Dessa forma, para esses interesses não há um titular definido, pois há pluralidade de pessoas, grupos ou categorias de pessoas, interesses estes que sem constituir interesse público, ultrapassam o campo do individual.¹⁷

E somente com o advento da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e posteriormente da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), tornou-se imprescindível a análise pontual de cada uma das espécies do gênero metaindividual: interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos¹⁸.

1.2.1. Direitos Difusos

Os interesses difusos são espécie do gênero metaindividual, cuja natureza é indivisível, seus titulares são pessoas indeterminadas e indetermináveis¹⁹ e todos são ligados por circunstâncias de fato.²⁰

¹⁷ A predileção pela expressão 'interesses', e não 'direitos', justifica-se, pois, que os interesses recorrem de situações fáticas, portanto, mutáveis, elásticas e instáveis, já os 'direitos', segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, *op. Cit.* "estão presos ao plano ético-normativo, não têm a mesma plasticidade e esgotam sua função a partir do momento em que outorgam uma prerrogativa a seu titular, ou inovam na ordem jurídica, criando, extinguindo ou modificando o *status quo ante*."

¹⁸ Lei 8.078/90 - Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁹ GARCIA, Camila Duarte. **A defesa dos interesses e Direitos do Consumidor**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 45, 30 set. 2007. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 14 jul. 2008.

²⁰ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 50.

Aliás, Hugo Nigro Mazzilli²¹ afirma que os interesses difusos representam a mais completa coletivização dos interesses metaindividuais, pois vão além do interesse público, social e geral, uma vez que visam a tutela de bens indisponíveis como a qualidade de vida, à proteção ecológica e ao bem estar social, *in verbis*:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (com os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).

Assim, a caracterização dos interesses difusos²² significa explicitar que não é possível identificar precisamente as pessoas afetadas ou potencialmente afetadas, potencialmente ou concretamente, que o objeto atingido é indivisível.

Outra característica é a indivisibilidade do objeto, pois alcança a todos “pertence a todos e a ninguém ao mesmo tempo”, ou seja, a satisfação do direito individual alcança a todos, da mesma forma o inverso, a lesão de um só representa a lesão da inteira coletividade.

Por último, a questão de fato, que conclui os requisitos para identificação dos interesses difusos é representada por uma natureza contingencial que podem surgir ou desaparecer influenciados por fatores sociais, ambientais, por força humana, etc. v.g. a poluição de um rio ou o surgimento de uma situação emergência causado por calamidade pública.

²¹ MAZZILLI, op. cit., p. 51.

²² MANCUSO, op. cit., p. 93-110.

1.2.2. Interesses Coletivos

Os interesses coletivos são compreendidos como interesses metaindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma mesma relação jurídica.²³

Os interesses metaindividuais, para serem classificados como “coletivos”, necessariamente devem estar aglutinados²⁴ e não apenas na sua forma, devem-se manter coletivos materialmente, do contrário estar-se-ia tratando de direitos individuais homogêneos.

Segundo Hermes Zanetti Júnior²⁵:

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos ‘stricto sensu’ e não ocorre nos direitos difusos. O que importa é a possibilidade de identificar um grupo, categoria ou classe, vez que a tutela revela-se indivisível, e a ação coletiva não estão disponíveis aos indivíduos que serão beneficiados.

Para Kazuo Watanake²⁶, o que diferencia os direitos coletivos dos direitos difusos é a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica-base que as une entre si (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc).

Assim, é necessária a existência de uma relação jurídica entre os detentores do interesse coletivo e o agente causador do dano.²⁷

Neste sentido, afirma ainda Rodolfo de Camargo Mancuso, haver também uma diferença entre a indivisibilidade dos dois interesses, na medida em que interesse

²³ MAZZILLI, op. cit., p. 50.

²⁴ ARAÚJO, Lilian Alves de. **Ação civil pública ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 18.

²⁵ Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos. In: AMARAL, Guilherme & CARPENA, Márcia Louzada Carpena (Coord.). *Visões críticas do Processo Civil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2005.

²⁶ Arts. 81 a 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 623.

²⁷ MANCUSO, op. cit., p. 85.

difuso ela é absoluta, enquanto no interesse coletivo ela é relativa, pois passível de afetação a um grupo, categoria ou classe.

1.2.3. Interesses Individuais Homogêneos

Os interesses individuais homogêneos são aqueles que decorrem de uma origem comum²⁸. Para o Código de Defesa do Consumidor, os interesses individuais homogêneos são “assim entendidos os decorrentes de origem comum.” São interesses individuais submetidos ao Judiciário coletivamente.

Rodolfo de Camargo Mancuso citando José Carlos Barbosa Moreira afirma que há interesses que geram conflitos essencialmente coletivos e outros que geram conflitos acidentalmente coletivos²⁹.

Segundo Ada Pellegrini Grinover:

Objetivam tais ações a reparação, por processos coletivos, dos danos pessoalmente sofridos pelos consumidores, numa adaptação dos esquemas da *Class Action*, de idêntica destinação, às categorias do Direito Processual romano-germânico, com particular atenção às garantias do contraditório e da ampla defesa.³⁰

Portanto, o que distingue o interesse individual homogêneo do interesse coletivo é apenas disponibilidade ou indisponibilidade do direito afrontado.

Isto porque, os interesses individuais homogêneos permitem que os titulares promovam ações isoladamente, e nestas ações praticarem a disposição de seus direitos.

Aliás, o direito afrontado nesta modalidade de interesse metaindividual é disponível, uma vez que o seu titular pode dispor, desistir ou transigir a qualquer tempo, v.g. a discussão acerca da validade de determinada tarifa bancária cobrada por um banco.

²⁸ MAZZILLI, op. cit., p. 51.

²⁹ MANCUSO, op. cit., p. 06.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 867.

2. OS DIREITOS COLETIVOS E SUA DEFESA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Alguns autores, como Isabella Franco Guerra e Celso Antonio Fiorillo, lembram de um interesse difuso já existente na Roma antiga. Também por força de uma Lei de 1973, que protegeu os consumidores, identifica-se uma nascente ótica difusa no direito francês.³¹

Mas já em 1965, na Alemanha, tratou-se de proteger o consumidor em questões de concorrência desleal e cláusulas leoninas. O modelo da *common law*, nesse aspecto, com a *Class Action* e a *citizen action*, torna possível situar as diferenças entre o sistema *civil law* e de *common law*.

Vale notar a grande discricionariedade do Juiz ao verificar o histórico da organização autora de uma *Class Action*, protegendo os direitos difusos sem, no entanto, deixar de observar o devido processo legal.³²

2.1. A AÇÃO POPULAR

Como já citado acima, as ações visando à proteção de bens comuns, que transcendem o interesse individual, já eram utilizadas na Roma antiga, em sua fase pré-clássica, e eram denominadas de ações populares.

As ações populares se transformaram em uma exceção à regra do direito de ação em Roma, pois se a *actio* era definida como o direito de perseguir o que nos é devido, desde logo se acrescentava que ninguém poderia agir em nome de outrem (em defesa de direito alheio), a não ser em favor do povo.

A ação popular se caracterizava por dois traços: todo indivíduo podia exercitá-la e, em sentido contrário, toda pessoa poderia contestá-la, por simples juramento de

³¹ GUERRA, Isabella Franco. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. FIORILLO, Celso Antônio. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tulio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

³² O acesso à justiça e o devido processo legal também para as formas não-individuais de exercício do direito. É a garantia do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno, Revista Eletrônica. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br>, Acesso em: 20.09.2008. Os Direitos Coletivos e o Estado Contemporâneo: A defesa dos direitos coletivos e a ação civil pública.

boa-fé; e, não integrava o patrimônio do autor, desta forma, se ele perdesse se tornaria um devedor, mas, em vencendo, a *litiscontestatio* não o transformaria num credor. Em sendo derrotado, se o autor da ação popular sofresse um ônus, hoje esse seria equiparado à sua má-fé.

Por isso, ninguém poderia intentar uma ação popular por meio de procurador, seu exercício era vedado às pessoas incapazes de litigar por outrem, não admitia fiança e ainda, não se transmitia aos herdeiros do réu.

Na fase mais evoluída do direito romano que se começa a distinguir o que é privado e o que é público e as ações populares passam a evoluir com finalidades diversas.

Com a queda do Império Romano, as ações populares se mantiveram inertes, não podendo ser encontrada de forma completa no direito medieval.

Apesar de não serem utilizadas na Idade Média, as ações populares continuaram a existir, sendo que, em alguns locais como em algumas repúblicas e reinos mediterrâneos era possível encontrá-las em seu regime estatutário e aplicado em suas jurisdições.

Com o aparecimento do Estado Liberal, com um conceito de que a coisa pública é patrimônio do povo, e com o princípio da legalidade dos atos administrativos, torna-se propício uma integração da sociedade, pelo menos a um mínimo de participação popular nos atos do governo, o que não poderia ocorrer no período do absolutismo em que, de um lado estava o príncipe, o senhor, o sujeito ativo da política e de outro, o povo, a massa dos súditos, o objeto passivo.

Além disto, as ações populares possuíam algumas peculiaridades processuais, como: a possibilidade de o pretor escolher a ação popular mais idônea para prosseguir, caso fossem propostas várias ações ao mesmo tempo; a admissão da exceção de coisa julgada; a obrigatoriedade de propositura da ação popular somente por pessoas íntegras, as quais o edito permitia postular em júzo; a possibilidade de nomeação de procurador pelo autor reconvinco em ação popular, para defendê-lo contra o reconvinte; entre outras.

O Estado Romano chamava para si alguns procedimentos para punir ilícitos graves, que tinham algum ponto de contato com as ações públicas. A ação popular, também chamada de pública, era privada no sentido dado hoje em dia, pois esta expressão era usada como sendo "de todos, de uso geral". Em ambas as ações era inadmissível a representação, tanto passiva quanto ativa, e eram intransmissíveis aos herdeiros.³³

As ações populares eram instituídas por lei (no Dominato, pelas *constitutions principum*), ou pelo edito.

Posterior ao direito romano, historicamente a ação popular não ganhou a efetividade devida, sendo convenientemente aceita por alguns Estados, até ser suprimida definitivamente no direito Bárbaro³⁴.

Somente em 30 de março de 1836 com o advento da lei comunal na Bélgica é que a Ação Popular voltou ao ordenamento jurídico de um Estado, logo em seguida, em de 18 de julho de 1837, a França também passou a prever tal instituto.

Essas inovações fizeram com que a Itália, mais tarde, em 26 de outubro e 20 de setembro de 1859, criasse sua versão da ação popular para controle de eleições administrativas e políticas, respectivamente.

Posteriormente, na Espanha ação popular assumiu características criminais para quem atentasse contra o Estado³⁵.

Na América Latina, a ação popular propriamente dita teve sua regulamentação específica registrada em 13 de fevereiro de 1912, Lei nº 8.871, também para regulamentação de eleições³⁶.

³³ Verbete Azione popolare. *Novissimo digesto italiano*, vol. II *apud* Rodolfo de Camargo Mancuso *in* Ação popular, proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³⁴ José Afonso da Silva *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

"(...)Certo, até quando e até onde o direito romano manteve sua poderosa influência e foi aplicado como direito comum, essa ação [ação popular] foi observada e adotada compativelmente como regulamentos políticos dos estados e das cidades, em que o direito mesmo se impôs.(...)"

"(...)Certo é também que o direito bárbaro não conheceu instituto de modo específico, a não ser que se queira admitir, o que não cremos exato, que a acusação pública fosse uma forma específica de uma ação popular. Certo é, enfim, que o modo amplo e seguro, onde esta foi reconhecida, sancionada, aplicada e interpretada entre os romanos, não se encontra nenhuma correspondência com o direito feudal, nem no estatutário (...)"

³⁵ Lei Saenz Pena.

No Brasil, a ação popular foi formatada pela Constituição Federal de 1934, destacando que anteriormente no artigo 157 da Carta Constitucional de 1824, previu a possibilidade de ser intentada essa modalidade de ação coletiva³⁷.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, a ação popular foi recepcionada pelo Império e início da República, época em que vigoravam as Ordenações do Reino e cita como exemplo a lei citar como exemplo o Decreto nº 2.691 de 1860, que permitia a apreensão judicial de títulos ilegais emitidos por bancos e outras companhias “*por denuncia ou a requerimento de qualquer pessoa do povo*” e a Lei nº 173 de 1893, a qual permitia a dissolução de associações que *promoverem fins ilícitos ou se servirem de meios ilícitos ou imorais*, sendo quês esta poderia dar-se *por denúncia de qualquer pessoa do povo ou do Ministério Público*.

Enfim, o artigo 113, item 38, da mencionada Constituição Federal de 1934, asseverava que “*Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos estados ou dos Municípios*”, item que foi suprimido na Carta Constitucional de 1937, muito embora o artigo de 670 do Código de Processo Civil tivesse recepcionado a ação popular³⁸.

Após o período da Ditadura de Getúlio Vargas, a Constituição Federal de 1946, novamente trouxe a ação popular em seu bojo³⁹ e até o advento da Lei da Ação Popular, foram criadas duas modalidades de ações populares: a Lei 818 de 18 de setembro de 1949 que tratava da aquisição, perda e reaquisição de nacionalidade e perda de direitos políticos⁴⁰.

Finalmente em 1965 foi promulgada a Lei nº 4.717, em vigor até os dias atuais, que determina que os agentes da Administração Pública são atingidos pela ação

³⁶ Tradução de Rafael Bielsa *apud* Rodolfo de Camargo Mancuso *in* Ação Popular, proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Artigo 90: “*Todas as faltas e delitos eleitorais poderão ser denunciados por qualquer eleitor, contanto que pertença ao mesmo distrito. eleitoral, sem que o demandante fique obrigado a dar fiança nem caução alguma, sem prejuízo das ações e direitos do acusado se existir má-fé na acusação*”.

³⁷ Artigo 157 – Por suborno, peita, peculato e concussão, haverá contra eles a ação popular, que poderá ser intentada dentro de um ano e dia pelo próprio queixoso ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecido na lei.

³⁸ Artigo 670. A sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público.

³⁹ Artigo 141, §38. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

⁴⁰ Artigo 35, §1º

popular na hipótese de atentado destes contra a própria Administração Pública, salientando que esta lei foi recepcionada pela Constituição de 1988⁴¹.

Hely Lopes Meirelles conceitua ação popular no ordenamento jurídico brasileiro:

O meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.⁴²

José Afonso da Silva conceituou a ação popular de forma própria para a ordem jurídica vigente e que segue agora adaptada, em face da nova redação constitucional sobre a ação popular:

A ação popular é instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional, para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo da ilegalidade de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.⁴³

Para essa modalidade de tutela coletiva existem três requisitos essenciais de sua existência, todos relacionados à qualidade do interessado e se o interesse metaindividual decorria de dano contra o Estado, a saber: (i) condição de eleitor, (ii) ilegalidade e (iii) lesividade do ato impugnado.

Com efeito, não obstante a lei dispor a possibilidade de utilização deste instrumento na responsabilização por danos causados ao consumidor (Lei nº 7.347/1985, artigo 1º), a verdade é que sua utilização nesse campo é restrita, limitando sua atuação no tocante a legitimação, ou seja⁴⁴, a ação popular só pode ser proposta somente pelo indivíduo (pessoa física), cidadão brasileiro, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, munido de seu título eleitoral.

Assim, só poderá figurar no pólo ativo da demanda o consumidor individualmente considerado ou aliado a outros em litisconsórcio ativo facultativo. Não estão

⁴¹ Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 87.

⁴³ SILVA, José Afonso da. **Da ação popular constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

⁴⁴ ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

legitimados a propor ação dessa natureza o Ministério Público⁴⁵, partido político, entidade de classe ou qualquer outra pessoa jurídica⁴⁶.

A ação só terá cabimento se o ato que constrange ou prejudica o consumidor tiver sido praticado por entidade pública federal, estadual ou municipal, suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com verbas públicas, nos termos do artigo 1º da lei de regência. Assim, só haverá viabilidade para essa via processual se o fornecedor for uma das entidades públicas enumeradas na lei e estiver praticando ato em detrimento de consumidor. Estará a salvo, pois, o fornecedor pessoa física ou jurídica de direito privado, de que trata o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Assim, tendo em vista esses impedimentos para uma utilização plena da ação popular como instrumento pleno para defesa de interesses metaindividuais, e, posteriormente, com o advento da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que se apresentaram como instrumento mais eficazes para defesa desses interesses, talvez justifique o atual desuso dessa via processual na defesa da tutela difusa, coletiva e individual homogênea.

2.2. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEI Nº 7.347/1985

2.2.1. Conceito e campo de utilização

Tida como “fator de mobilização social” e “instrumento da cidadania”, por Rodolfo de Camargo Mancuso, a ação civil pública⁴⁷ é o instituto processual hábil a defender os interesses metaindividuais a teor do que dispõe Lei nº 7.347/1985, e o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90.

⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. *RP*, ano 7, n. 28, p.7-19, out./dez. 1982.

⁴⁶ Meirelles, op. cit., p. 20.

⁴⁷ *Apud* ALMEIDA, João Batista. Sobre ação civil pública, entre outros: Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública*, cit., e *Manual do consumidor em juízo*, São Paulo, Saraiva, 1994; Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit.; Édis Milaré (coord.), *Ação civil pública*, cit.; André de Carvalho Ramos, *A ação civil pública e o dano moral coletivo*, *Direito do Consumidor*, 25:80-98, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar. 1998; Roberto Cavalcanti Batista e Moacir Mendes Sousa, *A ação civil pública em seu 10º aniversário: principais problemas e propostas de aperfeiçoamento*, *Direito do Consumidor*, 18:162-71, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun. 1996; Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, cit.; Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz et al., *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, São Paulo, Saraiva, 1984; Paulo Affonso Leme Machado, *Ação civil pública e tombamento*, São Paulo, Saraiva, 1986; Galeno Lacerda, *Ação civil pública*, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, ed. Especial, 19:11-33, 1986; Paulo Salvador Frontini et al., *Ministério Público, ação civil pública e defesa dos interesses difusos*, *Justitia*, v. 47, n. 131, p.263-78, set. 1985; Nelson Nery Júnior, *Ação civil pública*, *Justitia*, ano 4, v. 5, n. 120, p. 79-88, jan./mar. 1983.

Dispõe o artigo 1º da Lei nº 7.347/1985 quanto ao cabimento do instrumento limitando-o a defesa dos interesses difusos ou coletivos referentes: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - ao patrimônio cultural, ou seja, a bens ou direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a infração à ordem econômica (acréscimo da Lei nº 8.884/94, artigo 88); V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (acréscimo do Código de Defesa do Consumidor, artigo 110). Entre estes últimos a Constituição Federal e a legislação ainda enumeram: a) a proteção do patrimônio público e social (Constituição Federal, artigo 129, III); b) a proteção dos direitos e interesses das populações indígenas (Constituição Federal, artigo 129, V); c) a proteção das pessoas portadoras de deficiência (Lei nº. 7.853/89); d) a proteção dos investidores no mercado imobiliário (Lei nº. 7.913/89); e) a proteção do consumidor (Lei nº 8.078/90); f) a proteção do patrimônio público em caso de enriquecimento ilícito de agente ou servidor público (Lei nº. 8.429, de 1992); g) a proteção da criança e do adolescente (Estatuto, artigo 208 e seguintes).

Além desses, a doutrina e a jurisprudência costumam incluir outros interesses difusos ou coletivos amparáveis via ação pública: a) a proteção da vida, saúde e segurança das pessoas; b) a higidez do mercado financeiro; c) a correta instituição de tributos⁴⁸; d) a proteção dos aposentados (como no caso do reajuste de 147%); e) a proteção do meio ambiente do trabalho⁴⁹.

2.2.2. Legitimidade para agir

São partes legítimas para a propositura da ação civil pública, o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, as associações (Lei nº 7.347/1985, artigo 5º).

⁴⁸ O STF rejeitou a legitimação do MP para considerar não adequada a ação civil pública para veicular pleito envolvendo matéria tributária. Consta da ementa: "O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo..., nem seria possível identificar o direito do contribuinte com 'interesses sociais e individuais indisponíveis' (Constituição Federal, artigo 127, *caput*, IV)..." (RE 195.056-1/PR, TP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 9-12-1999, v. m., DJ, 17 dez. 1999). Venho sustentando posição contrária à da Suprema Corte. Ver, a respeito, nosso *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, item 1.7.3., e também o artigo A defesa do contribuinte como função institucional do Ministério Público, *Boletim Científico da ESMPU - Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 7, p. 101-9, abr./jun. 2003.

⁴⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. O MP e as ações coletivas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública na ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 357-8.

Especialmente, no que tange ao Ministério Público, trata-se de função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública (Constituição Federal, artigo 129, inciso III), que tem por dever de ofício a sua propositura.

Importante destacar que Medida Provisória n.º 550, de 08.07.94, convertida na Lei n.º 9.870/99 e o Código de Defesa do Consumidor, estenderam a legitimação às associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis à propositura de ações civis coletivas.⁵⁰

2.2.3. Foro competente

Foro competente é aquele do local onde ocorrer o dano (artigos 2º e 4º, da Lei da Ação Civil Pública). Havendo interesse da União, suas autarquias e empresas públicas, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, a competência será da Justiça Federal, no foro do Distrito Federal ou o da Capital do Estado (artigo 109, inciso I da Constituição Federal).

Logo, em decorrência da simetria do Poder Judiciário da União com o Ministério Público da União (Constituição Federal, artigos 101 a 110 e 128), da atuação do Ministério Público Federal perante o Poder Judiciário (artigo 127) e das funções institucionais que lhe foram atribuídas (artigo 129), é inegável que o *Parquet* Federal, na condição de órgão da União, utilize-se do mesmo foro.

Para João Batista de Almeida⁵¹ “não teria sentido que tal prerrogativa fosse reservada às entidades autárquicas e às empresas públicas federais, e não a órgão da Administração Direta da União, como é caso do Ministério Público Federal.”

Nesse sentido, inclusive, há que se destacar que os Promotores do Ministério Público Federal, por ofício, atuam nas Cortes Federais, a teor do artigo 70 da Lei Complementar n.º. 75, de 20.05.93. Assim, a conclusão inarredável, socorrendo-se, oportunamente do voto do Ministro Ilmar Galvão no julgamento do Recurso

⁵⁰ ALMEIDA, op. cit.

⁵¹ ALMEIDA, op. cit.

Extraordinário nº 228.955-9, o termo ‘União’ contido no artigo 109, I, incisos I e II, da Constituição Federal engloba o Ministério Público Federal”⁵².

João Batista de Almeida⁵³ cita em sua obra, ainda, duas decisões Superior Tribunal de Justiça nesse mesmo sentido: “a) quando do julgamento do Conflito de Competência n. 4.927-0-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, assim ementado: “Se o Ministério Público Federal é parte, a Justiça Federal é competente para conhecer do processo” (1ª Sec., j. 14-9-1993, v. u., *DJU*, 4 out. 1993, *RDC*, 14:59); b) quando do julgamento do RMS n. 4.146-8-CE, rel. Min. Vicente Leal, em cujo voto vencedor está explicitado que “O Ministério Público Estadual promove perante o Juízo Estadual e o Ministério Público Federal perante o Juízo Federal”(6ª T., j. 23-10-1995, v. u. *RDC*, 20:155).”

Outro ponto que gerou acesa controvérsia até o julgamento da Súmula 183⁵⁴ do STJ, foi os limites da competência da Justiça Federal para julgamento das ações contra a União, seus entes e suas autarquias.

Com base no artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública a Súmula 183, determinou que competiria ao juiz Estadual, “nas comarcas que não sejam sede de Vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo”.

Entretanto, se permitido fosse que a Justiça Estadual julgasse as ações de competência privativa da Justiça Federal haveria afronta expressa à Constituição Federal (artigo 109, I, §§ 1º e 2º), a qual estabelece que a competência não pode ser derogada pela ordem infraconstitucional, no caso o artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública em consonância com o artigo 109, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, a saber:

a) A autorização do § 3º do artigo 109 para que a Justiça Estadual exerça a jurisdição federal é excepcional e restritiva, ou seja, só se aplica a “causas em que

⁵² Trata-se de pareceres emitidos no RE 228.955-9/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, j.10-2-2000, v. u., TP, *DJ*, 24 mar. 2000, retif. e republ. *DJ*, 14 abr. 2000, p. 56, e no Ag. 233.962-8/040, rel. Min. Sydney Sanches, ainda pendente de julgamento pelo STF, em sede de Agravo Regimental.

⁵³ ALMEIDA, op. cit.

⁵⁴ COMPETE AO JUIZ ESTADUAL, NAS COMARCAS QUE NÃO SEJAM SEDE DE VARA DA JUSTIÇA FEDERAL, PROCESSAR E JULGAR AÇÃO CIVIL PUBLICA, AINDA QUE A UNIÃO FIGURE NO PROCESSO.(*) (*) Julgando os Embargos de Declaração no CC n. 27.676-BA, na sessão de 08/11/2000, a Primeira Seção deliberou pelo CANCELAMENTO da Súmula n. 183. (PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/03/1997, DJ 31/03/1997 p. 9667, REPDJ 24/11/2000 p. 265)

forem parte instituição de previdência social e segurado” e apenas na comarca que não seja sede de vara federal. Ou seja, mesmo havendo uma autarquia federal (INSS) no pólo ativo ou passivo, a ação previdenciária terá andamento perante a Justiça Estadual, desde que não seja Capital ou Município com vara federal;

b) No caso da ação civil pública não há o que autorizar ou delegar: aplicam-se as regras de competência da Justiça Federal sempre que haja interesse da União (Constituição Federal, artigo 109, I);

c) Se houvesse intenção do constituinte de praticar tal autorização ou delegação, simplesmente teria excepcionado a competência da Justiça Federal, como feito para outras hipóteses na parte final do inciso I do artigo 109 da Constituição Federal;

d) Se o constituinte pretendeu abrir tal possibilidade para “outras causas”, certamente seriam elas de natureza previdenciária ou envolvendo a instituição de previdência social e segurado, e constaria expressamente de lei. E a Lei da Ação Civil Pública nada traz de expreso ou implícito nesse sentido. Ao contrário, é silente, o que remete à regra geral de competência, a dizer, à ressalva da competência federal;

e) Após a Lei da Ação Civil Pública e o início de vigência da Constituição Federal em 5-10-1988, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que, ao tratar da competência, ressaltou expressamente a competência da Justiça Federal, quando houver interesse da União, sendo inteiramente aplicável à Lei da Ação Civil Pública por força do artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou àquela lei o artigo 21, estabelecendo-se perfeita sincronia normativa entre os dois textos de lei.

Ocorre que em 08.11.2000, a Súmula foi revogada. Após no julgamento do Recurso Extraordinário 228.955-9/RS, o STF fixou o correto sentido do artigo 2º da Lei nº 7.347/1985, em face do artigo 109, I, e § 3º da Constituição Federal/88. Diz a ementa: “Ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal. Competência

da Justiça Federal. Artigo 109, I e § 3º da Constituição. Artigo 2º da Lei nº 7.347/1985.

Para João Batista de Almeida, “o dispositivo contido na parte final do § 3º do artigo 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (*rectius jurisdição*) ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido artigo 109.”

Logo, no caso das ações civis públicas, a permissão para derogar a competência não foi utilizada pelo legislador que se limitou, no artigo 2º da Lei nº 7.347/1985, a estabelecer que as ações nele previstas ‘serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa’.

Considerando que o Juiz Federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do referido § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu. Recurso conhecido e provido”⁵⁵.

2.2.4. Coisa julgada

A sentença fará coisa julgada *erga omnes*, ou seja, a todos alcançará em seus efeitos, inclusive a quem não foi parte no processo, “exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (artigo 16).

Em 1997, pela Lei nº 9.494, de 10 de julho de 1997, procurou-se reduzir a abrangência dos efeitos da coisa julgada *erga omnes*, na sentença civil, a fim de

⁵⁵ STF, RE 228.955-9/RS, TP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10-2-2000, v. u., DJ, 24 mar. 2000, retif. e republ. DJ, 14 abr. 2000, p. 56.

colocá-los “nos limites da competência territorial do órgão prolator”. Julgando a ADIn n. 1.576-1-DF, que visava declarar a inconstitucionalidade desse dispositivo, entendeu o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, que, em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar para suspender a sua eficácia, na parte em que restringiu os efeitos “aos limites da competência territorial do órgão prolator”⁵⁶.

E, pela Medida Provisória n. 1.984-14, de 10 de fevereiro de 2000, nova restrição foi perpetrada, desta vez em relação aos membros da entidade associativa, que poderão ser apenas e tão-somente “os substituídos que tenha, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator” (artigo 2º - A).

2.2.5. Fundo para defesa dos interesses difusos

A ação civil pública possui uma particularidade que a diferencia das demais. É que o produto da condenação em dinheiro, quando existente, não beneficia o autor da ação, uma vez que é recolhido a um Fundo, postulando direitos e interesses difusos (de toda a coletividade) e coletivos indivisíveis (de grupo, categoria ou classe); ainda assim é curial que a prestação jurisdicional, de alguma forma, deva beneficiar os titulares desses direitos. Por isso mesmo, estabelece a lei que, havendo a condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos de que trata a Lei nº 9.008/97. O benefício não é, portanto, direto, e sim reflexo. A condenação em obrigação de fazer ou não fazer, contudo, pode trazer benefícios diretos aos substituídos, quando se tratar de direito ou interesse coletivo ou individual homogêneo de caráter social, como mensalidades escolares.

2.2.6. A questão do controle de constitucionalidade

Muito se tem discutido acerca do uso da ação civil pública no controle de constitucionalidade. Sustentam alguns juristas a sua idoneidade para veicular pleito

⁵⁶ ADIn 1.576-1-DF, STF, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio, liminar j. 16-4-1997, m. v., *DJU*, 24 abr. 1997.

de controle incidental de inconstitucionalidade, em face do efeito *erga omnes* de suas sentenças, o que estaria a invadir competência privativa do Supremo Tribunal Federal⁵⁷. Já Arruda Alvim mostrou preocupação com o controle direto, chegando a afirmar que a declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Defesa do Consumidor⁵⁸.

São duas posições, portanto, a considerar: (a) a do controle direto e (b) a do incidental.

Nenhum co-legitimado, em sua consciência, ajuizará em primeiro grau ação civil pública tendo como pedido único ou principal a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Se o fizer, com certeza a ação estará fadada ao insucesso, porque o controle direto é da competência exclusiva do STF⁵⁹. Será raro acontecer, de outra sorte, a hipótese aventada por Arruda Alvim, da imaginária ação civil pública em que não se define um litígio concreto, com os seus elementos essenciais, senão onde se objetiva fundamentalmente só a declaração de inconstitucionalidade, não pode comportar tal pedido, ainda que de *incidenter tantum* venha nominado. Se for caracterizado controle direto, a solução será a mesma, ou seja, o insucesso.

Diferentemente, o controle difuso, incidental, no caso concreto, é admitido em toda e qualquer ação, como tal definida no CPC, inclusive a ação civil pública. A diferença é que o magistrado de primeiro grau não declara nenhuma inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, apenas afasta a sua aplicação e decide a causa segundo o seu convencimento. Além disso, a ação civil pública, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade, tem partes definidas, que buscam bem jurídico concreto, em geral de ordem patrimonial, o que só pode ser conseguido na via ordinária normal, jamais mediante controle direto. Por fim, a questão dos efeitos *erga omnes* da sentença nenhuma influência terá na competência privativa do STF, a ponto de invadi-la, porque de competência não se trata. A questão é meramente de limites subjetivos da coisa julgada.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A ação civil pública e o controle da constitucionalidade. *Direito e Justiça*, 7 abr. 1997, p. 6, e *Anais do 2º Fórum de Direito Econômico*, p. 123.

⁵⁸ ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Defesa do Consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública na ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p.152-62.

⁵⁹ Nesse sentido Reclamação n. 434, rel. Min. Francisco Rezek, DJU, 9 dez. 1994.

O STF, em reclamação que discutia suposta usurpação da competência privativa do STF em ação civil pública sobre direitos individuais homogêneos (confisco de rendimentos de caderneta de poupança), manifestou o seguinte entendimento: “Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal”⁶⁰.

Quando do julgamento de outros dois processos, ocasião em que foram discutidos os temas da eficácia *erga omnes* da decisão em ação civil pública e a eventual declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade, a Corte entendeu que não é possível examinar em reclamação a natureza jurídica da ação civil pública⁶¹.

2.2.7. O inquérito civil

O Inquérito Civil, criado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) em seu artigo 8º, §1º, consiste em procedimento administrativo de utilização exclusiva do Ministério Público, que objetiva a colheita de elementos de convicção a fundamentar ação coletiva futura.

Sua esfera transcende ao âmbito propriamente da ação civil pública, face à interatividade dos diplomas processuais de tutela coletiva (artigo 21) e não se estende aos demais legitimados constantes do artigo 5º da citada Lei, pois os poderes de polícia são exclusivos do *Parquet*. Nem mesmo outras entidades legitimadas com personalidade jurídica de direito público encontram-se legitimadas para tanto⁶².

A disciplina do Inquérito Policial constante do Código de Processo Penal há de ser invocada de forma subsidiária sempre que necessário, dada a semelhança entre

⁶⁰ Reclamação n. 602-6, rel. Min. Ilmar Galvão, TP., m. v., j. 3-9-1997.

⁶¹ Reclamação n. 597-SP, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/Acórdão Min. Néri da Silveira, e n. 600-SP, rel. Min. Néri da Silveira, cf. *Informativo STF*, n. 82.

⁶² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

os tipos de inquérito. Desse modo, sendo procedimento de natureza administrativa e meramente informal, visando à instrução de ação coletiva, não há que se falar em contraditório, já que cada elemento de prova recolhido será, no decorrer da ação judicial, submetido à contradita da parte ex adversa⁶³.

Não sendo de utilização obrigatória, pode o *Parquet* promover a ação coletiva, sem que se passe pela fase do Inquérito Civil - assim como não prescinde de Inquérito Penal a instauração de ação penal pública.

O Inquérito Civil se desenvolve em três distintas fases: instauração, instrução e conclusão. A instauração pode ser dar por indicação de elementos mínimos que embasem o procedimento administrativo, sem grandes formalidades. Ele é instaurado por portaria a amparar requerimento ou por despacho ministerial a amparar representação, sob pena de mera irregularidade. Nesse sentido o Ministério Público pode instaurá-lo a pedido, o que não afasta o procedimento de ofício.

Na fase de instrução, o *Parquet* dispõe de algumas prerrogativas, como a interposição de ação cautelar preparatória de ação coletiva futura, com a conseqüente postergação do contraditório, e o poder de requisição, que em alguns casos independe de mediação do Poder Judiciário.

A partir da instauração do inquérito civil pode haver a sua publicidade, os atos executórios podem ser praticados e a decadência do direito de reclamação do consumidor fica obstaculizada (artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor⁶⁴). Ele deve ser encerrado, embora a legislação seja silente sobre o prazo. Depois de instaurado, o crime de falso testemunho pode ficar caracterizado, conforme entendimento majoritário.

⁶³ Todavia, o princípio constitucional da publicidade, extraído do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, há de ser sempre observado, admitindo-se sua exceção unicamente nos casos em que houver imperiosa e comprovada necessidade de observância do sigilo legal ou nas hipóteses de preservação das investigações. Ver: FIGUEIREDO, L. V. *Ação civil pública: gizamento constitucional*. In: MILARÉ, Edis (Coord.). Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁶⁴ Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado)

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

A instrução do inquérito civil é a produção de todas as provas em direito admitidas pela notificação para oitiva de testemunhas ou pela requisição de documentos, sob pena de caracterizar crime de desobediência. Entende-se majoritariamente que o Ministério Público não pode quebrar o sigilo bancário, exceto no caso de investigação de dano ao patrimônio público, mas pode quebrar o sigilo fiscal.

Em fins de conclusão, caso o *Parquet* entenda não haver elementos suficientes para interposição da ação civil pública ou ação coletiva correspondente, poderá pedir o arquivamento do Inquérito Civil, ocasião em que estará sujeito ao controle do Conselho Superior do Ministério Público, sem mediação do Poder Judiciário.

No curso do inquérito civil pode ser formalizado o Compromisso de Ajustamento e Conduta entre o Ministério Público e o investigado com o por escopo de adequar a conduta lesiva às normas pertinentes, uma vez que o agente a reconhece e compromete-se a adaptá-la à lei. Este compromisso depende de homologação do Conselho Superior do Ministério Público, caso em que o inquérito civil é arquivado.

O encerramento do inquérito civil é formalizado por relatório final concluindo pelo seu arquivamento ou pela propositura da ação civil pública.

O Ministério Público ordena o arquivamento do inquérito civil nos casos de cumprimento do Compromisso de Ajustamento e Conduta e de inexistência de justa causa para propositura da ação civil pública. Esta providência depende de homologação do Conselho Superior do Ministério Público, que pode converter o julgamento em diligência ou ordenar a propositura da ação civil pública.

O Ministério Público ordena o arquivamento do inquérito civil nos casos de cumprimento do Compromisso de Ajustamento e Conduta e de inexistência de justa causa para propositura da ação civil pública. Esta providência depende de homologação do Conselho Superior do Ministério Público, que pode converter o julgamento em diligência ou ordenar a propositura da ação civil pública⁶⁵.

⁶⁵ MAZZILI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

2.4. AÇÃO CIVIL COLETIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com o advento da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a ação coletiva foi instituída como instrumento hábil para defesa da tutela coletiva na hipótese de haver pluralidade de titulares em posições individuais, porém com interesse comum causado por um único agente.

Diferentemente da ação civil pública, disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 7.347/1985 e que prevê a defesa dos demais direitos metaindividuais (interesses difusos e coletivos), este instrumento para proteção dos interesses coletivos foi inspirada na *Class Action* do sistema Norte-Americano, o que será tratado especificamente adiante⁶⁶.

Portanto, num primeiro momento essas duas modalidades de tutela coletiva diferenciam-se pela finalidade de sua tutela, de um lado os direitos individuais homogêneos (disponíveis e divisíveis), de outro os direitos coletivos e difusos (indivisíveis).

Essa adaptação do modelo norte-americano difere especialmente no que tange a legitimidade do proponente e a sua representatividade⁶⁷, sendo no ordenamento jurídico brasileiro meio exclusivo para defesa dos interesses individuais homogêneos.

Pela própria conceituação dos interesses individuais homogêneos, pluralidade de titulares unidos por uma situação de fato, sendo que os sujeitos são determináveis, o que pode ensejar, se cada um intentar a defesa judicial dos seus interesses em centenas de milhares de ações.

Para evitar essa pluralidade de demandas para defesa de interesses gerados por uma mesma situação de fato, processualmente denominada de causa de pedir

⁶⁶ Grinover, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto* (Cap. II - Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos), 2. ed., São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 538-42.

⁶⁷ João Batista de Almeida, 2003 Na *class action* americana qualquer interessado pode ingressar com a ação coletiva (de classe), representando os demais, obrigando a todos a decisão. Na ação coletiva brasileira isso não acontece, porquanto os legitimados estão definidos em lei e entre eles não se inclui o lesado individualmente considerado. Além disso, na *class action* o juiz aprecia o requisito da representatividade, para avaliar se o representante do grupo está técnica e adequadamente instrumentado para a defesa dos interesses do grupo, o que incorre no direito brasileiro, em que só as entidades legitimadas podem ajuizar a ação coletiva.

remota, tem-se como eficaz o ajuizamento de uma única ação coletiva, por pessoas legalmente legitimadas, em benefício de todas as vítimas do mesmo evento.

Na prática, a substituição dessa ação coletiva em detrimento das milhares de ações individuais geram economia de tempo e dinheiro para as partes e para o Judiciário, além de fortalecer a tutela coletiva como instrumento eficaz e inibidor e práticas atentatórias ao direito metaindividual de natureza individual homogênea, especialmente se considerado que a tutela individual, neste caso, não traria qualquer impacto ou inibiria a conduta civilmente ilícita.

Para propositura dessa ação a legitimidade é mesma daquela determinada à ação civil pública, nos termos do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor⁶⁸, sendo que estes legitimados pretenderão em nome próprio, direitos e interesses das vítimas ou seus sucessores (artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor⁶⁹), mediante autorização legal, respeitando a regra de competência do artigo 109, inciso I da Constituição Federal.

Diferentemente da *Class Action* original, as vítimas, isoladamente, não estão legitimadas para a fase inicial da ação coletiva, podendo somente intervir no processo como litisconsortes ativos, nos termos do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor,⁷⁰ e com atuação limitada, sendo-lhe permitida somente uma atuação efetiva na fase de liquidação.

⁶⁸ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: [\(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995\)](#)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º [\(Vetado\)](#).

§ 3º [\(Vetado\)](#).

⁶⁹ Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. [\(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995\)](#)

⁷⁰ Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

A inovação da ação civil coletiva em relação à ação civil pública foi a ampliação dos legitimados aos órgãos públicos de defesa do consumidor, como por exemplo, os PROCONs.

No tocante à sentença no caso de procedência a condenação será genérica, para o fim de determinar-se a responsabilidade do réu pelos danos causados, nos termos do artigo 95, do Código de Defesa do Consumidor⁷¹, sem determinar especificamente. Não se fala, até então, em cifras ou em pessoas beneficiárias, o que está relegado para a fase obrigatória de liquidação.

Ou seja, ao contrário do que estabelece a norma processual, na ação coletiva, em que as vítimas não são identificadas desde o início do processo, estas nem figuram necessariamente como litisconsortes ativos, é possível a condenação genérica, somente para estabelecer a responsabilidade de indenizar, para que, nas fases seguintes, conhecidas as vítimas, essas possa simplesmente liquidar, sem haver nova dilação probatória.

Também difere do Código de Processo Civil a ação civil coletiva no tocante a, uma vez que os efeitos da sentença nesta ação ultrapassam o limite das partes processuais, lembrando que as vítimas estão sempre representadas por aqueles legalmente legitimados.

Assim, em regra a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*, beneficiando todas as vítimas do mesmo evento e seus sucessores, tenham ou não ingressado como litisconsortes, e incidindo sobre o réu, não se permitindo a propositura de nova ação sobre o mesmo tema por quem quer que seja, inclusive legitimados concorrentes e vítimas⁷².

⁷¹ Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

⁷² Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste

Há, todavia, uma ressalva a ser feita, pois, diferentemente do que acontece na *Class Action*, em que o resultado de uma ação coletiva aplica-se a todos os interessados, na ação civil coletiva têm limitações.

O autor que não requerer a suspensão não receberá os benefícios da sentença, a não ser que peça a suspensão do processo individual, no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva⁷³. Omitindo-se na providência, a ação individual terá curso e o seu autor não poderá liquidar e executar a ação condenatória da ação coletiva.

Por outro lado, a sentença de improcedência só produz efeitos entre as partes litigantes e não alcança aqueles não intervenientes, que poderão propor nova ação individual.

Para a liquidação da sentença coletiva é possível a cisão, podendo o liquidante promover tal liquidação no foro de seu domicílio⁷⁴.

Na ação civil coletiva⁷⁵ o produto da condenação, como regra, vai para o patrimônio das vítimas, e não para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, exceto quando insignificante o número de vítimas habilitadas ao fim de um ano⁷⁶.

Aliás, correlatamente, a lei de proteção ao consumidor estabelece a preferência do ressarcimento individual homogêneo sobre os créditos decorrentes de lesão difusa ou coletiva, sustando-se o recolhimento ao Fundo até decisão final das ações

código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

⁷³ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

⁷⁴ Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. [\(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995\)](#)

⁷⁵ Na ação civil pública o produto da indenização é recolhido no Fundo de Defesa dos Direitos Difusos de que tratam o art. 13 da Lei n. 7.347/85 e a Lei n. 9.008/97; não é destinado ao ressarcimento das vítimas.

⁷⁶ Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

envolvendo danos individuais, a menos que o patrimônio do devedor seja suficiente para responder pela integralidade da dívida, individual, difusa e coletiva⁷⁷.

Entende-se que tal diferenciação da Ação Civil Pública reside no fato de que os interesses tutelados por esta sejam indivisíveis, portanto impossível particularizar o dano.

⁷⁷ Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento. Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

3. INTEGRAÇÃO ENTRE A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Não obstante a Lei nº 4.717/65 (Ação Popular), e da Lei do Mandado de Segurança Coletivo, somente com o advento da ação civil pública em 1985, foi que houve legislação específica para proteção dos direitos metaindividuais.⁷⁸

Isto porque, a atuação das ações de natureza coletiva possuía uma limitação considerável e era restrita aos atos praticados contra o patrimônio público e moralidade administrativa⁷⁹.

Assim, o advento da Lei da Ação Civil Pública inovou ao definir os interesses metaindividuais e apresentar uma forma de tutela desses interesses pelo Estado⁸⁰, permitindo que na seqüência surgissem novos instrumentos normativos com a mesma finalidade⁸¹

Logo em seguida, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, foi ampliado o alcance da ação popular para defesa do meio ambiente e do mandado de segurança coletivo, além de atribuir ao Ministério Público o dever de promover ação civil pública⁸².

Após a Constituição Federal, vieram a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) com previsão legal de cabimento de ação civil pública para defesa dos

⁷⁸ Nesse sentido, a doutrina de NERY NÚNIOR, op. cit., p. 356-66) e de GRINOVER, Ada Pellegrini . A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos. *Revista do Consumidor*, São Paulo, n.5, p. 206-29, jan./mar. 1993. Ver, também, jurisprudência do STF (RE 163231-3-SP) e do STJ (REsp 49.272-6/RS).

⁷⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 49.

⁸⁰ Para Arruda Alvim, "a ação civil pública protege 'novos' bens jurídicos, entronizando no ordenamento uma nova e privilegiada pauta de bens e valores, com o caráter de interesses e direitos difusos ou coletivos (sucessivamente alargada para direitos individuais e homogêneos)". Ação Civil Pública. In *Revista de Processo*, vol. 87, 1997, p. 157.

⁸¹ Lei 7853/89, disciplina a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos de pessoas portadoras de deficiência; e Lei 7913/89, que prevê a ação civil pública de responsabilidade por danos a investidores do mercado de valores mobiliários.

⁸² Art. 5º (...): LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (...) LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;" . A ação civil pública vem inserida no capítulo que trata do Ministério Público, como sendo uma de suas funções institucionais: "Art. 127 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

direitos ali previstos e, por fim a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que trouxe ao ornamento jurídico a Ação Civil Coletiva⁸³.

Esta ação civil coletiva que interessa especificamente ao trabalho, uma vez que sendo denominada por Ada Pellegrini Grinover como uma versão da *Class Action* Norte-Americana, é possível trazer novos elementos interpretativos para sua aplicação.

3.1. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO CIVIL COLETIVA

Embora haja leis ordinárias distintas que dividem em duas as formas de tutela dos interesses metaindividuais, a distinção entre ambas é singular, pois, cabe à ação civil pública a defesa dos interesses difusos e coletivos e a ação civil coletiva a defesa dos interesses individuais homogêneos.⁸⁴

Contudo, é importante destacar que para Ada Pellegrini Grinover, a ação civil pública é cabível para defesa dos interesses individuais homogêneos⁸⁵

Assim, evidenciado que ambas diferem somente no que tange o alcance dos interesses metaindividuais tutelados, é imperioso destacar que suas similitudes são severamente mais relevantes.

Isto porque, em ambas as hipóteses há a pluralidade de pessoas com interesses comuns vítima de uma situação de fato ou direito afrontado, cuja tutela jurisdicional coletiva se dá por meio daqueles legitimados legalmente e representaria real interesse metaindividual.

Por essa razão a propositura de uma ação ao invés de outra não deve ensejar o seu não recebimento, ainda que a ação civil pública seja mais abrangente (no aspecto formal) que a ação civil coletiva.

⁸³ ALMEIDA, op. cit., p. 249.

⁸⁴ Ação civil pública e ação civil coletiva: afinidades e distinções, Revista do Direito do Consumidor, nº 26 p. 113, São Paulo, Revista dos Tribunais 1998.

⁸⁵ Ação civil pública e ação civil coletiva: afinidades e distinções, Revista do Direito do Consumidor, nº 26: p. 228, São Paulo, Revista dos Tribunais 1998.

Nesse sentido, aliás, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Especial nº 163231-1 de Relatório do Ministro Maurício Corrêa.⁸⁶

Logo, se a doutrina e jurisprudência destacam que a única diferença entre ação civil pública e ação civil coletiva é que a primeira tutela os interesses coletivos e difusos e a segunda tutela os interesses individuais homogêneos, se os legalmente legitimados para promover essa modalidade de defesa são os mesmos, e, por fim, como já foi decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal que uma ação pode ser recebida pela outra (princípio da fungibilidade⁸⁷), a dissidência acerca da nomenclatura das ações é irrelevante.

Por essa razão, a questão a ser enfrentada é a ampliação da ação coletiva, independentemente do nome que se atribua a esta, de acordo com o que foi

⁸⁶ RE 163231 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Rel.Min. Maurício Corrêa - Julgamento: 26/02/1997 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - DJ 29-06-2001 PP-00055.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Constituição Federal, artigo 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (Constituição Federal, artigo 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (artigo 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (Constituição Federal, artigo 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.

⁸⁷ Fungibilidade significa, no conceito jurídico, a substituição de uma coisa por outra (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 3a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993. P.336).

Por sua vez, o princípio da fungibilidade indica que um recurso, mesmo sendo incabível para atacar determinado tipo de decisão, pode ser considerado válido, desde que exista dúvida, na doutrina ou jurisprudência, quanto ao recurso apto a reformar certa decisão judicial.

Contudo, para que o aludido princípio mereça incidência é imperiosa a presença dos requisitos da dúvida objetiva, inoportunidade de erro crasso e tempestividade. Celso Ribeiro Bastos preleciona que "é extremamente mais grave a lesão a um princípio do que o ferimento a uma norma isolada. Esta pode significar um aspecto menor, secundário, do direito administrativo; entretanto, a lesão ao princípio consiste em ferir as próprias estruturas desse direito, a ossatura que compõe esse feixe normativo" (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 23).

Nesse mesmo sentido, o princípio da fungibilidade encontra amparo no artigo 244 do CPC que positivou o princípio da instrumentalidade das formas, pois objetiva justamente evitar o formalismo e preservar o ato processual que em seu conteúdo atingiu sua finalidade, acatando-se "um recurso por outro, quando preservados os requisitos de conteúdo daquele que seria o correto" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo civil brasileiro no limiar do novo século. Rio de Janeiro: Forense, p. 169).

pretendido pelo legislador da Lei 8.078/90, que segundo João Batista de Almeida⁸⁸, foi ter no ordenamento jurídico Brasileiro uma versão da *Class Action* Norte-Americana.

⁸⁸ ALMEIDA, op. cit., p.249-50.

4. ASPECTOS PROCESSUAIS DA TUTELA COLETIVA

4.1. LEGITIMADOS A PROPOR AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E DE AÇÕES COLETIVAS

A Lei nº 7.347/1985 e o Código de Defesa do Consumidor integram-se na matéria de legitimação ativa para as ações civis públicas ou coletivas.⁸⁹ Podem propô-las, de forma concorrente e disjuntiva: a) Ministério Público; b) União, Estados, Municípios e Distrito Federal; c) autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista; d) associações civis constituídas há pelo menos um ano, com finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse pretendido;⁹⁰ e) entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinada à defesa de interesses metaindividuais;⁹¹ f) sindicatos;⁹² g) as comunidades indígenas.⁹³

Aplica analogicamente aos sindicatos e às fundações privadas o requisito imposto para as associações civis: devem estar preconstituídos *há mais de um ano* e ter finalidade institucional compatível com a defesa judicial que queiram empreender na ação civil pública ou coletiva.

Para ajuizar a ação civil pública ou coletiva, a associação civil deverá estar expressamente autorizada, seja pelos estatutos, o que dispensará autorização pontual em assembléia,⁹⁴ seja por deliberação da assembléia, nos demais casos.⁹⁵

Pode o juiz dispensar o prazo de pré-constituição das associações civis para a propositura de ações civis públicas ou ações coletivas, desde que haja manifesto

⁸⁹ Lei 7.347/85, artigo 21; Código de Defesa do Consumidor, artigo 90.

⁹⁰ Lei 7.347/85, artigo 5º, I.

⁹¹ Lei 7.347/85, artigo 5º; Código de Defesa do Consumidor, artigo 82; Lei 7.853/89, artigo 3º; Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 210.

⁹² Constituição Federal, artigos 5º, inciso LXX, b e 8º, inciso III.

⁹³ Constituição Federal, artigo 232.

⁹⁴ Constituição Federal, artigo 5º, XXI; Código de Defesa do Consumidor, artigo 82, IV.

⁹⁵ Lei 9.494/97, artigo 2º-A, com a redação que lhe deu o artigo 5º da Med. Prov. 2.180-35/01.

interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.⁹⁶

O artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97, com a redação que lhe deu o artigo 5º da Medida Provisória n. 2.180/35-01, exige que, nas ações coletivas movidas contra entidades da administração direta ou indireta, as petições iniciais sejam instruídas com cópia da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços. Tal exigência só teria sentido em se tratando de defesa de interesses individuais homogêneos ou até coletivos, mas será de todo vaga em matéria de defesa de interesses difusos, que versam grupos indetermináveis de lesados.

Não se exigem requisitos de representatividade adequada do Ministério Público ou das pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Distrito Federal); em tese, estarão eles sempre legitimados a ajuizar ação civil pública ou coletiva. Quanto ao Ministério Público, seu interesse de agir é presumido; como disse Salvatore Satta, “o interesse do Ministério Público é expresso pela própria norma que lhe consentiu ou impôs a ação”⁹⁷. Já os demais legitimados, e até mesmo, a nosso ver, a União, os Estados, Municípios e Distrito Federal, deverão ter interesse concreto na defesa do interesse objetivado na ação civil pública ou coletiva.

A legitimação para agir disciplinada nas leis acima mencionadas, incluindo-se, para o Ministério Público, o artigo 129, inciso III da Constituição Federal/88, não se encarta naquelas tradicionalmente conhecidas, a legitimação ordinária ou a legitimação extraordinária. A legitimação ordinária se verifica quando há coincidência entre autor da demanda e titular da pretensão deduzida; extraordinária, quando alguém vai a juízo em nome próprio deduzir pretensão de direito alheio, nos termos do que diz o artigo 6º do Código de Processo Civil, permitido unicamente naqueles casos em que houver previsão expressa do legislador, restando vedada a presunção de legitimação extraordinária extraída do sistema de forma implícita.

⁹⁶ Lei 7.347/85, artigo 5º, § 4º; Código de Defesa do Consumidor, artigo 82, § 1º.

⁹⁷ *Diritto processuale civile*, CEDAM, 1967, v. I, n. 45.

Para as ações de natureza coletiva, a legitimação é concorrente disjuntiva, conforme definição feita pela Professora Ada Pellegrini Grinover⁹⁸. Isso quer dizer que cada um dos co-legitimados pode sozinho ingressar com a ação coletiva e o litisconsórcio que se formar será facultativo, as associações civis que tenham como finalidade estatutária a defesa do meio ambiente ou consumidor podem ingressar com ações coletivas, os sindicatos também, pois têm a natureza de associações.

Por fim, cabe mencionar que a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, acrescentou o parágrafo único ao artigo 1º da Lei nº 7.347/1985, no sentido de vedar a ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos institucionais (PIS/Pasep), cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

4.2. O LITISCONSÓRCIO ENTRE ÓRGÃOS ESTADUAIS E FEDERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Para maior eficácia na defesa de interesses metaindividuais, a lei permitiu que os diversos Ministérios Públicos pudessem trabalhar em conjunto, mediante litisconsórcio.

A primeira norma a admitir o litisconsórcio de Ministérios Públicos foi o § 1º do artigo 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para a defesa dos interesses e direitos nele objetivados.

Em seguida, o Código de Defesa do Consumidor previu o mesmo litisconsórcio em seu artigo 113, para a defesa de quaisquer interesses metaindividuais.

Objeta-se contra esse litisconsórcio uma série de argumentos: *a)* o dispositivo que instituiu o litisconsórcio de Ministérios Públicos feriria o artigo 128, § 5º, da Constituição, que reserva à lei complementar a disciplina da organização, atribuições e estatuto de cada Ministério Público; *b)* somente poderia haver litisconsórcio se a todos e a cada um dos Ministérios Públicos tocasse qualidade que lhe autorizasse a condução autônoma do processo, o que o artigo 128 da Constituição não admitiria; *c)* como o Ministério Público atua perante os órgãos jurisdicionais, deveria ter suas atribuições limitadas pela competência destes, não

⁹⁸ GRINOVER, op. cit.

podendo o Ministério Público Estadual atuar perante a Justiça Federal nem o Federal atuar perante a Justiça local; d) a admissão do litisconsórcio entre Ministérios Públicos diversos violaria o princípio federativo; e) o Ministério Público é uno e indivisível, de forma que não poderia se litisconsorciar consigo mesmo.

A força da idéia da concorrência de atribuições entre Ministérios Públicos diversos está em permitir mais eficaz colaboração entre cada uma das instituições do Ministério Público, que, até antes disso, eram praticamente estagnadas.

4.3. A QUESTÃO DO FORO COMPETENTE

O artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública elege o critério territorial para determinação do foro competente para conhecimento e julgamento das ações civis públicas⁹⁹.

A eleição do critério da competência territorial facilita a atuação das partes, principalmente no que diz respeito à colheita de provas, e há uma segunda vantagem, que se consubstancia na própria proximidade do órgão jurisdicional com os fatos ocorridos, o que ensejará uma melhor apreciação dos fatos por parte do magistrado.

Com relação ao critério funcional se estabeleceu alguma confusão, na medida em que a regra é da competência da Justiça Federal para as causas nas quais estiver envolvida a União Federal.

Nessa medida, nesses locais onde não existe Justiça Federal a competência se transferiria para a Justiça Estadual, mantida aquela (TRF) para eventual apreciação na segunda instância.¹⁰⁰

Verificando-se o dano em extensão que abranja mais de uma comarca, a questão da competência se resolverá pelo critério da prevenção. É competente para

⁹⁹ “A competência, na tutela dos interesses metaindividuais, é sempre absoluta e identifica-se com o lugar da lesão, ou ameaça de lesão a determinado interesse metaindividual. Esta é a regra e vale para os interesses indivisíveis”. Código de Defesa do Consumidor comentado, nota 3 ao artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública, p. 1510. (VIGLIAR, 1999, p. 58).

¹⁰⁰ “3. Competência funcional. Trata-se de competência de natureza absoluta, improrrogável por vontade das partes (MANCUSO, ACP, n. 4, p. 42). As decisões proferidas por juiz absolutamente incompetente são nulas (Código de Defesa do Consumidor 113, § 2º) e a sentença está sujeita a rescisão por meio de ação rescisória. A incompetência prevista neste artigo deve ser alegada em preliminar de contestação (CPC 301, II), mas pode ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-la de ofício (CPC 301 § 4.º; 267 IV e § 3.º).” Código de Defesa do Consumidor comentado, nota 3 ao artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública, p. 1510.

o conhecimento e julgamento de eventual conflito o Superior Tribunal de Justiça, quando o conflito se verificar entre Juízes Federais, ou Juiz Federal e Juiz Estadual.

4.4. O DOGMA E OS LIMITES DA COISA JULGADA

A coisa julgada nas ações civis públicas e nas ações coletivas é mais uma questão tormentosa aos doutrinadores.

O artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 adotou a fórmula da coisa julgada *secundum eventum litis*. A coisa julgada é uma qualidade da sentença¹⁰¹ e se dá segundo o resultado da lide. Mancuso¹⁰² vê uma dualidade desconcertante, que apenas se compreenderia com a intenção de obstar a colusão entre as partes, isto é, ação deliberadamente mal proposta, pior instruída para conduzir ao decreto de improcedência, jogando uma pá de cal na controvérsia. A fórmula não rende homenagem ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição e à diretriz da instrumentalidade – a efetividade, não resulta ser plena e exauriente.

Necessário apontar que a Medida Provisória nº 1.570/1997, após Lei nº 9.494/1997, deu a nova redação ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, restringindo a coisa julgada aos limites territoriais do órgão julgador. Hugo Nigro Mazzilli¹⁰³ lembra que o Superior Tribunal de Justiça já vinha decidindo nos moldes da alteração, como se vê no Conflito de Competência nº 2.478-0, Rel. Ministro Garcia Vieira. Agora, se o interesse é difuso e indivisível como limitar a coisa julgada em um território. O autor citado questiona os desígnios da alteração legislativa¹⁰⁴ que ao fim, como entendem alguns doutrinadores “confundiu competência com coisa julgada”, pois a imutabilidade *erga omnes* da sentença não tem nada a ver com a competência do juiz. Seria inócua e incoerente a alteração porque o Código de Defesa do Consumidor não foi alterado. Por fim, a política judiciária fica comprometida com a pulverização de demandas, e isso é rigorosamente verdadeiro.

¹⁰¹ É o conceito de Liebman, ver Exposição de Motivos CPC, n. III, in fine, artigos 269 e 267 do CPC, artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública.

¹⁰² MANCUSO, op. cit., p. 290.

¹⁰³ MAZZILLI, op. cit., p. 287.

¹⁰⁴ Foi negada liminar na ADIn que hostilizou a Medida Provisória nº 1.570/1993.

Ao referir-se à coisa julgada demarcada pelos “limites da competência territorial” nos moldes do referido artigo 169 da Lei da Ação Civil Pública, Marcelo Abelha considera que nos direitos difusos e coletivos o bem tutelado possui natureza indivisível, não se podendo sequer imaginar que o legislador processual tivesse a audácia de dividir o indivisível. Tece considerações em torno do “dado e do construído”.¹⁰⁵

4.5. TRANSAÇÃO

A possibilidade de transação no âmbito da ação civil pública não está imune a divergências.

Ao cuidar dos compromissos de ajustamento, os co-legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva não agem em busca de direito próprio e sim de interesses metaindividuais. Ainda que alguns deles possam também estar defendendo interesse próprio, como as associações civis — que buscam fins estatutários —, o objeto do litígio coletivo será sempre a reparação de *interesses metaindividuais*.

Dessa forma, caso detenham disponibilidade sobre o conteúdo processual do litígio, os legitimados extraordinários não têm disponibilidade do conteúdo material da lide. Como a transação envolve disposição do direito material controvertido, a rigor o legitimado de ofício não pode transigir sobre direitos dos quais não é titular.

Apesar das considerações acima, aspectos de conveniência prática recomendaram a mitigação da indisponibilidade da ação pública, que, aliás, já tinha sido atenuada até mesmo na área penal.¹⁰⁶

Sensível, pois, a esses aspectos práticos, a lei fez concessões. Embora vedando a transação nas ações de responsabilização civil dos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito,¹⁰⁷ admitiu compromissos de ajustamento em matéria de defesa de quaisquer interesses difusos e coletivos.¹⁰⁸ Já em caso de dano ao meio

¹⁰⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 247 e sgs.

¹⁰⁶ Constituição Federal, artigo 98, inciso I; Lei 9.099/95.

¹⁰⁷ Lei 8.429/92, artigo 17, § 1º. Se não cabe transação nas ações de improbidade administrativa, *a fortiori* não se admitirá transação nos respectivos inquéritos civis.

¹⁰⁸ Lei 7.347/85, artigo 5º, § 6º; Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 211; Código de Defesa do Consumidor, artigo 113.

ambiente, a lei também estimula a via transacional, pois é condição para a proposta de transação penal a prévia composição do dano, salvo em caso de comprovada impossibilidade.¹⁰⁹

Se houver transação em ação civil pública ou coletiva, e sobrevindo discordância de qualquer dos co-legitimados ativos, ou ainda de algum assistente das partes, caso a discordância se verifique *depois* de homologada judicialmente a transação, poderão os legitimados apelar, visando a elidir a eficácia da homologação da transação. Tratando-se de discordância manifestada *antes* da homologação por um assistente simples, não obstará à eficácia do acordo;¹¹⁰ obstará, porém, se partir de assistente litisconsorcial ou litisconsorte.¹¹¹

Além disso, o Ministério Público pode opor-se à transação feita por co-legitimados em juízo. Mesmo enquanto órgão interveniente, o Ministério Público não deixa de ser co-legitimado nato, e tem o encargo de assumir a promoção da ação até em caso de abandono ou desistência infundada. Por isso, poderá opor-se à transação, e assim evitar, em tese, que uma verdadeira desistência indireta pudesse ser forjada, mas com efeitos mais gravosos.

Se o juiz recusar as impugnações e homologar a transação, caberá apelação.

Embora não seja ideal que o faça diante do princípio da inércia da jurisdição, a verdade é que, pelas peculiaridades da defesa dos interesses metaindividuais, admite-se possa o juiz negar homologação ao acordo. Entendendo que a transação não atende aos interesses da coletividade, deixará de homologá-la; se as partes se recusarem a dar andamento ao processo, e, mesmo aplicado analogicamente o § 1º do artigo 9º da Lei nº 7.347/1985, se o Ministério Público não der seguimento ao feito, não restará ao juiz senão optar entre homologar a transação ou extinguir o processo sem julgamento de mérito, por ter cessado o interesse processual.

¹⁰⁹ Lei 9.605/98, artigo 27. A composição cível do dano ambiental há de ser celebrada entre o causador da lesão e um dos órgãos públicos de que cuida o § 6º do artigo 5º da Lei 7.347/85.

¹¹⁰ Art. 53 do Código de Processo Civil.

¹¹¹ Art. 48 do Código de Processo Civil.

Também a transação homologada em juízo pode ser rescindida como os atos jurídicos em geral; a ação para rescindi-la é a anulatória, não a rescisória, porque no caso a sentença é meramente homologatória do ato jurídico transacional.¹¹²

¹¹² Art. 486 do Código de Processo civil. Nesse sentido, v. RE n. 90.995-8-RJ, 1ª T. STF, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* de 28-2-86, p. 2.348, e RE n. 101.303-6-SP, 2ª T. STF, rel. Min. Djaci Falcão, *DJU* de 28-2-86, p. 2.350.

5. A CLASS ACTION

5.1. A IMPORTAÇÃO DO MODELO NORTE-AMERICANO

O advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) trouxe como inovação processual para defesa de interesses metaindividuais a ação civil coletiva para defesa dos interesses individuais homogêneos.

Essa modalidade de defesa de interesses metaindividuais tratou de adaptar ao ordenamento jurídico pátrio a *Class Action* do direito Norte-Americano¹¹³ e diferentemente da versão original tratou de limitar seu alcance no tocante a legitimidade (mais abrangente no instituto estrangeiro¹¹⁴) e no que tange ao seu alcance (somente para os interesses individuais homogêneos).

Contudo, apesar das limitações impostas pela adaptação, o instrumento trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um complemento relevante a defesa dos metaindividuais, pois vão além daqueles trazidos pela Lei da Ação Popular.

Assim sua estrutura processual garante que a sentença de procedência nessa modalidade de ação seja genérica, com o objetivo único de se estabelecer a responsabilidade de indenizar para que posteriormente sejam identificadas as vítimas e que estas liquidem e executem esta condenação de acordo com a extensão do dano particularmente apontado.

No Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, é afirmado que um dos requisitos básicos para a admissibilidade da demanda coletiva é a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas. Semelhante exigência, embora de modo implícito, está contida em nosso microsistema legal de ações, de sorte que não poderá ser admitida demanda coletiva que não apresente qualquer relevância social.

¹¹³ GRINOVER, op. cit. p. 855.

¹¹⁴ Na *Class Action* Norte Americana, qualquer interessado, cujo direito foi afrontado, pode promover a ação coletiva, a qual passará por admissibilidade para verificar se o evento é classificável como interesse coletivamente considerado (ALMEIDA, op. cit., p. 249).

Para Ada Pellegrini Grinover¹¹⁵ “no entendimento dos operadores que procuram fragmentar os interesses transindividuais, a coisa julgada seria restrita ao seguimento social em nome de quem a ação coletiva é proposta, o que tem dado origem a uma inadmissível contradição de julgados”.

O sistema processual brasileiro, por meio da litispendência e da coisa julgada, procura conter exatamente este conflito, uma vez que se a lei estabelece a eficácia *erga omnes* da coisa julgada, não é admissível a existência de outro julgado sobre a mesma demanda coletiva.

Logo, havendo a pendência dessa modalidade de tutela coletiva, haveria a declaração de litispendência, e, somente após o julgamento de uma delas, com o seu trânsito julgado haveria a coisa julgada, por consequência, a segunda ação, pendente, não poderia prosseguir.

Para Antonio Gidi¹¹⁶ essa *Class Action* visa fundamentalmente promover a economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito manual.¹¹⁷

De forma secundária, o mencionado Autor afirma que ainda é possível atribuir outros objetivos às ações coletivas, como, a eliminação do risco de decisões contraditórias, que prejudiquem terceiros ou que condenem a parte contrária a realizar obrigações conflitantes conforme a Rule 23(b)(1)¹¹⁸.

Para o direito norte americano a economia e a eficiência processual são valores constantes do direito processual civil e, em hipótese alguma, devem servir de instrumentos meramente retóricos da doutrina.

¹¹⁵GRINOVER, op. cit., p. 892.

¹¹⁶ GIDI, Antônio. **Class Action** como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Saraiva, 2007.p.23.

¹¹⁷ Cf. Conte e Newberg, *Newberg on class actions*, v. 1, p. 4-153 – 4-154. Esses objetivos estão presentes em toda a história das ações coletivas. Cf. William Weiner e Delphine Szyndrowski, *The class action, from the English Bill of Peace to Federal Rule of Civil Procedure 23: is there a common thread?* 8 *Whittier Law Review* 935 (1987).

¹¹⁸ *Apud* GIDI, op. cit.,p.23. A utilização da ação coletiva também produz uniformidade no tratamento da controvérsia coletiva, na medida em que evita a coexistência de decisões teoricamente conflitantes. Isso, todavia, é muito mais uma sua consequência do que propriamente um objetivo das *class actions*.

Prevê a Rule 1 das Federal Rules of Civil Procedure que “estas normas devem ser interpretadas e aplicadas para proporcionar à justa, rápida e econômica solução de cada controvérsia”.

Logo, diferentemente do que acontece no Brasil, uma questão formal, como nomenclatura da ação, jamais ensejaria em extinção do processo.

O objetivo imediato das ações coletivas é o de proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva¹¹⁹, uma vez que para o direito norte-americano o direito deve servir os anseios sociais.

E este objetivo está nas origens de sua tutela coletiva originadas no sistema inglês da *Equity* (Equidade), sendo um dos principais motivos para o surgimento das Bill of Peace.

No direito norte-americano o Judiciário como ferramenta de solução de conflitos é o último recurso das partes, posto que há uma preocupação com uma séria e severa dilação probatória, o que também influencia no custo processual para propositura de uma ação.

Assim, a possibilidade de julgar em uma única demanda uma controvérsia complexa envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário, que se desembaraça de uma grande quantidade de processos repetitivos. Como disse Stephen Yeazel, as ações coletivas são uma espécie de “aspirador de pó judicial”, que suga ações individuais semelhantes e alivia o trabalho dos tribunais¹²⁰.

Há que se considerar que é possível que haja interesse do réu no julgamento único e uniforme da controvérsia do que o autor. E isso não acontece somente

¹¹⁹ Como observado pelo Comitê Consultivo da reforma de 1966, referindo-se às *class actions* do tipo 23(b)(3), mas em expressão aplicável a todas as ações coletivas, as ações coletivas visam a “atingir economia de tempo, esforço e despesas e a promover uniformidade das decisões entre pessoas em situação semelhante, sem sacrifício da justiça processual ou formação de outros resultados indesejáveis”. Cf. Notes of Advisory Committee on rules – 1966 amendment, 39 *Federal Rules Decisions* 69, 102-103 (1967). V., no mesmo sentido, Benjamin Kaplan, Continuing work of the Civil Committee: 1966 amendments to the Federal Rules of Civil Procedure (1), 81 *Harvard Law Review* 356, 390 (1967). Cf. *General Tel Co. v. Falcon*, 475 U.S. 147, 155 e 159 (1982); *Califano v. Yamasaki*, 442 U.S. 682 (1979). V. Jack Weinstein, Revision of procedure: some problems in class actions, 9 *Buffalo Law Review* 433, 437 (1960); e Chafee, *Some Problems of equity*, p. 149 ss. e 200-201. V., também, Conte e Newberg, *Newberg on class action*, v. 1, p. 1-17.

¹²⁰ Cf. Stephen Yeazell, From group litigation to class action, Part 1; The industrialization of group litigation, 27 *University of California Los Angeles Law review* 514, 1067 (1980).

quando o réu espera a improcedência do processo coletivo. Ainda que esta ação seja julgada procedente, ela pode ser uma solução muito mais econômica e menos desgastante para o réu do que ter que enfrentar as despesas com as inúmeras ações individuais semelhantes relacionadas à mesma controvérsia.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, em que o Judiciário serve de ato protelatório para a recusa de alguns no cumprimento de suas obrigações legais contratuais, ou decorrente de algum ilícito civil, dada sua conhecida morosidade e decisões em que nada inibem as condutas elencadas.

Para a *Common Law* é de extrema relevância a substituição de vários processos por apenas uma grande ação coletiva, por mais complexa que seja, já justificaria a economia processual atingida pelas, não obstante que há também a possibilidade da transação entre as partes no decorrer do processo¹²¹.

Por sua vez, o pretendido acesso à justiça se verifica na judicialização promovida pela *Class action* de pretensões que jamais atingiriam o Judiciário se individualmente considerados, seja por suas características peculiares, seja pelo ínfimo impacto econômico, como, por exemplo, a cobrança de uma tarifa bancária de R\$ 2,00 (dois reais)

Essas violações que individualmente não justificam o movimento da máquina do Judiciário, porém não deixa de ser uma afronta aos interesses metaindividuais é comum, porém diferentemente do ocorre no Brasil que por meio do julgamento *Eisen versus Carlisle & R Jacquelin*, 417, U.S. 156 (1974), a Suprema Corte reconheceu que o “ponto crítico neste processo é que a pretensão individual do representante do grupo é de apenas US 70.00. Nenhum advogado competente enfrentaria essa complexa ação antitruste para obter ao final um valor tão ínfimo. A realidade econômica impõe que a ação prossiga na forma coletiva, ou não possa prosseguir de jeito nenhum”¹²².

Aliás, importante destacar que a *Class action* visa, assim como a ação civil pública e a ação civil coletiva tem por objetivo a proteção de interesses de pessoas hipossuficientes, que sequer têm conhecimento de quais direitos foram violados ou

¹²² *Apud* GIDI, op. cit., p. 27.

não possuem a iniciativa, independência ou organização necessárias para fazê-los valer em juízo.¹²³

Para Antonio Gidi¹²⁴, inclusive “A ação coletiva também pode ser utilizada por minorias oprimidas da sociedade, que, em razão mesmo de serem minorias, não têm acesso às instituições representativas do regime democrático”.

Nesse sentido, aliás, um dos juízes com voto vencido na Suprema Corte, no mencionado caso do julgamento Eisen *versus* Carlisle & R Jacquelin¹²⁵ afirma que “A ação coletiva restabelece o equilíbrio entre o indivíduo e as instituições que o oprimem, como o governo e as grandes empresas, na medida em que proporciona uma igualdade de armas e do poder de barganha.”

Takeshi Kojima, por outro lado, vê o objetivo das *class actions* sob outro enfoque. Segundo o qual o objetivo da *class action* é proteger a parte mais fraca não somente incentiva uma controvérsia baseada em argumentação emocional, como é equivocado. Deve-se avaliar o dano total causado e o enriquecimento obtido pela empresa com a sua conduta. O restabelecimento da igualdade entre as partes é mera consequência.¹²⁶

Por fim, a efetivação do direito material para promoção das políticas estatais se dá de duas formas:

A primeira é através da realização autoritativa da justiça no caso concreto de ilícito coletivo, que no Brasil poderia se dar por meio do inquérito civil, corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado

¹²³ Cf. Conte e Newberg, *Newberg on class actions*, v. 1, p. 4-168 e 5-12; Harry Kalven Jr. e Maurice Rosenfield. The contemporary functions of the class suit; 8 *The University of Chicago Law Review* 684, 684-688 (1940); e Comment. Adequate representation, notice and the new class action rule: effectuating remedies provided by the Securities laws, 116 *University of Pennsylvania Law Review* 889 (1968).

¹²⁴ Op cit. Pag. 32

¹²⁵ Justice Douglas, voto vencido (*dissenting opinion*) em Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974). V., ainda, Marvin Frankel, Amended Rule 23 from a judge's point of view, 32 *Antitrust Law Journal* 295, 299 (1966); Adolf Homburger, Private suits in the public interest in the United States of America, 23 *Buffalo Law Review* 343,376 (1974).

Apud GIDI, op. cit., p. 27 (“[Class actions] are a stabilizing factor in society because they provide an opportunity for voicing mass grievances in an orderly fashion within the framework of the existing system which is fundamentally oriented towards private vindication of private rights. Class actions, in a sense, are an antidote to the social frustration which is inevitable when neither administrative agencies nor courts are able to protect the rights of citizens”.)

¹²⁶ Cf. Takeshi Kojima, Protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation, in Takeshi Kojima (ed.), *Perspectives on civil justice and ADR: Japan and the U.S.A.*, p.17.

Já, a segunda é o remédio jurídico resultado do processo, cuja condenação iniba a conduta socialmente reprovável de natureza contratual ou extracontratual.¹²⁷

Para Antonio Gidi “O principal fator de estímulo à prática de ilícitos de pequeno valor contra um grupo de pessoas em uma sociedade desprovida da tutela coletiva de direitos é a sua alta lucratividade associada à certeza de impunidade.”

Exatamente como ocorre no Brasil, embora tenha o ordenamento jurídico ferramentas processuais coletivas eficientes, porém subutilizadas o agente que tenha por objetivo afrontar um interesse individual homogêneo ou coletivo está razoavelmente imune ao Estado, posto que somente uma parcela dos lesados procurará uma forma de resolução de conflito que, invariavelmente, acaba no Judiciário, hipótese esta que é reduzida na proporção do impacto econômico individualmente considerável.

Jack Weinstein afirma que a mesma sociedade que gera possibilidade de violação coletiva a direitos e interesses de um grupo deve criar instrumentos processuais para remediar, ou pelo menos desincentivar, a prática de tais ilícitos.¹²⁸

Inclusive para Paul Shaheen e Harry Perlstadt a ação coletiva é um poderoso instrumento transformador da sociedade. O seu impacto social pode ser enorme. Através da *injunctive class action*, por exemplo, podem ser promovidas mudanças estruturais em instituições extremamente complexas, como escolas, empresas, hospitais, penitenciárias etc.¹²⁹

Historicamente, em breve apanhado, seus antecedentes estão no *Bill of Peace* do século XVII, que tinha a tutela coletiva como instrumento excepcional, porém que ao longo do tempo adquiriu contornos, especialmente Federal Rules of Civil Procedure de 1938, e atualmente ocupam papel central no ordenamento norte-americano.

¹²⁷ *Apud* GIDI, op. cit., p.317.

¹²⁸ Cf. Jack Weinstein, Some reflexions on the “abusiveness” of class actions, 58 *Federal Rules Decisions* 299, 305 (1973).

¹²⁹ *Apud* GIDI, op. cit., p. 37 Cf. P.A. Paul Shaheen e Harry Perlstadt, The sociology of class actions. Class action suits and social change: the organization and impact of the Hill-Burton cases, 57 *Indiana Law Journal* 385 (1982); Lynn Mather, The sociology of class actions. Conclusion: the mobilizing potential of class actions, 57 *Indiana Law Journal* 451 (1982); e Roy Brooks, *Critical procedure*, p. 196. V., ainda, Abram Chayes, The role of the judge in public law litigation, 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976).

A Rule 23 fixou as seguintes regras fundamentais: a) a *Class Action* seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da class; b) caberia ao juiz o controle sobre a adequada representatividade; c) também ao juiz competiria a aferição da existência da comunhão de interesses entre os membros da class.³ São das regras processuais de 1938 a tentativa de sistematização do grau da comunhão de interesses, donde resulta uma classificação das *Class Actions* em true, hybrid e spurious, conforme a natureza do direito objeto da controvérsia (joint, common ou secondary, ou ainda several), com diversas conseqüências processuais.⁴

É certo que as dificuldades práticas quanto à exata configuração de uma ou outra categoria de *Class Actions*, com tratamento processual próprio, induziria os especialistas norte-americanos (Advisory Committee on Civil Rules) a modificarem a disciplina da matéria nas Federal Rules de 1966; porém também é certo que a distinção operada pelas normas anteriores permaneceria no espírito do sistema americano, cujas *Class Actions* continuam abrigando quer a defesa de interesses coletivos indivisivelmente considerados, quer a tutela de direitos individuais divisíveis, conjuntamente tratados por sua origem comum: para estes últimos, fala a doutrina em “casos em que os membros da class são titulares de direitos diversos e distintos, mas dependentes de uma única questão de fato ou de direito, pedindo-se para todos eles um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico”.

Em outras palavras, as Federal Rules de 1966 (Rule number 23) não mais contêm a tripartição anterior, passando a definir as *Class Actions* de maneira geral e unitária, com o acréscimo de requisitos atinentes à admissibilidade da ação.

A regra 23 das Federal Rules de 1966, que tem caráter pragmático e funcional, contém quatro considerações prévias (pré-requisitos) e estabelecem três categorias de *Class Actions*, sendo duas obrigatórias (mandatory), e uma não obrigatória (not mandatory), cada uma com seus próprios requisitos.

As considerações prévias fixam os pré-requisitos para qualquer ação de classe, da seguinte maneira¹³⁰:

(a) “Pré-requisitos para a ação de classe: Um ou mais membros de uma classe

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; DENARI, Zelmo (Coord.). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 882.

podem processar ou ser processados como partes, representando todos, apenas se

(1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe.”

Trata-se dos requisitos vestibulares (*threshold requirements*).

(b) “Prosseguimento da ação de classe: Uma ação pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da subdivisão (a) e ainda:

(1) o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de:

(A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe;

(B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediriam ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses; ou

(2) a parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo; ou

(3) o juiz decide que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. Os assuntos pertinentes aos fundamentos de fato (*findings*) da sentença incluem: (A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; (B) a amplitude e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou

contra membros da classe; (C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas num determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe” (grifou-se).

Aqui vale uma advertência: o inciso (b1), (A) e (B), assim como o inciso (b2) cuidam da ação de classe obrigatória (*mandatory*) que, na nomenclatura brasileira, corresponde às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Não é destas que vamos nos ocupar aqui, mas vale a pena observar que o inciso b-1-A significa que, se não fosse ajuizada a ação de classe, a classe dos réus ficaria prejudicada, enquanto o inciso b-1-B indica que a ausência da ação de classe prejudicaria os reclamantes. Por sua vez, o inciso número 2 contempla, também em caráter de ação de classe obrigatória, os casos de obrigações de fazer ou não fazer (*injunction*) ou de sentenças declaratórias, ainda na categoria que corresponde, no Brasil, às ações em defesa de interesses difusos e coletivos.

Porém é no inciso (b3) que vamos encontrar o regime jurídico da “*Class Action for damages*”, que não é obrigatória (*not mandatory*), porquanto admite o opt out⁷, correspondendo à ação brasileira em defesa de interesses individuais homogêneos, exatamente na espécie reparatória dos danos individualmente sofridos.

Referido inciso (b3), aplicável especificamente à “*damage Class Action*”, não existia nas regras federais de 1938, podendo ser considerado a grande novidade das Federal Rules de 1966.

De acordo com essa regra, as “*Class Action for damages*” (observados os pré-requisitos da alínea (a)) devem obedecer a dois requisitos adicionais:

1 – a prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais;

2 – a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença.

Destes dois requisitos, enunciados no inciso (b-3), decorrem as especificações seguintes (b-3 A usque D), que representam indicadores a serem tomados em conta para a aferição da prevalência e da superioridade.

Diante de tais características ficam evidenciados os objetivos precípuos do direito norte-americano: o acesso à justiça, a economia processual e a equidade.

Processualmente, a *class action* inicia-se com a admissibilidade da ação que, se positiva, o processo vai a júri, oportunidade que é feita a devida instrução processual. Em seguida, o juiz de primeira instância confirma ou rejeita a decisão do júri. Na hipótese de confirmação, o processo segue para a sentença final de mérito, genérica. E, numa etapa posterior, passe-se à liquidação dos danos, culminando na sentença final de liquidação.

Os insucessos das *class actions* residem na falta de reconhecimento dos requisitos de admissibilidade da ação, Antonio Gidi afirma, inclusive que:

A análise das decisões judiciais mais representativas, no campo das “Class Actions for damages”, demonstra que a existência dos mencionados requisitos tem sido reconhecida, até com facilidade, em campos que não são os dos danos provocados por vício do produto: em matéria de desastres ambientais, de acidentes aéreos, de desmoronamento de obras, de prejuízos aos trabalhadores, muitas são as ações de classe reparatórias de danos individuais em que houve não só a certificação, mas também o juízo posterior, chegando-se à sentença final.¹³¹

Como exemplo, o mencionado autor cita recente decisão do caso Mullen et al. v. Treasure Chest Casino, julgado a 19 de agosto de 1999 pelo Tribunal de Apelação do 5º Circuito, 9 visando à reparação dos danos ocasionados à saúde dos empregados pelo sistema de ventilação defeituoso.

Conclui-se, portanto, que a *class action*, que inspirou a tutela coletiva no Brasil, é importante ferramenta para defesa dos interesses coletivos e atua como instrumento para não só defender os interesses que ultrapassam a esfera individual, mas também como forma de inibir os agentes causadores de dano de praticarem tais atos.

¹³¹ GIDI, Antônio. *Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 396.

6. CONCLUSÃO

O direito brasileiro possui ferramentas bastante eficazes para defesa dos interesses metaindividuais: a ação civil coletiva e a ação civil pública. Diferença entre si, basicamente pela extensão do direito que tutelam.

Ambas as tutelas são versões brasileiras das *Class Actions* Norte-Americana e diferentemente desta, a legitimidade para sua propositura está previsto em rol descrito nas normas que as prevêm.

Da forma como está, apesar de eficiente quando intentada, pois a simples propositura é encarada de forma diferenciada pelos Réus, com a devida acuidade que deveria ser destinada a todas as ações, a lei possui diversos subterfúgios processuais que dada a corrente legalista a que se filia o ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, o subterfúgio processual comumente utilizado é a extinção de uma ação proposta em lugar de outra, mesmo que os requisitos formais sejam o mesmo, a troca na denominação da ação ainda gera a sua inadmissibilidade.

Há, ainda, os casos que são propostos por Associações com menos de ano de constituição, não importando, novamente, a relevância do interesse metaindividual tutelado.

A Tutela Coletiva para defesa dos interesses metaindividuais de qualquer natureza deve ser uma ferramenta judicial processualmente simples, que permita a qualquer dos seus tutelados promoverem a sua defesa, ainda que individualmente considerados, como na *Class Action* originária e na ação popular, cujo único objetivo seja o julgamento do interesse satisfação do interesse material afrontado.

Para isso, a importância da natureza do interesse metaindividual (difuso, coletivo ou individual homogêneo) só serviria para fazer a admissão da ação e não para nominá-la ou rejeitá-la, como acontece atualmente, posto que se o interesse for considerado individual homogêneo, cabe ação civil coletiva, se direito difuso ou coletivo, ação civil pública.

Os legalistas afirmarão ainda que em tal hipótese, não seria possível inadmitir a ação, o que afrontaria o direito de ação previsto na Constituição Federal em seu artigo

Aliás, o texto garante categoricamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, só que este direito do artigo 5º deveria trazer a ressalva que o direito não será apreciado sem o devido processo legal, ou que a forma, além daquelas já tradicionais expostas no artigo 282 do Código de Processo Civil.

Enfim, o argumento de afronta a garantia Constitucional é facilmente superado se considerado que para admissão da ação seria primordial destacar o interesse metaindividual supostamente afrontado, como forma de pressuposto de existência dessa ação.

Ato contínuo, neste momento, o Ministério Público, por dever de ofício, seria chamado a atuar, devendo também opinar pela admissibilidade ou não da demanda coletiva.

Entretanto, como foi apontado ao longo dessa dissertação, o ordenamento jurídico brasileiro, fiel aos princípios do *civil Law*, míope aos anseios sociais, independentemente da natureza do interesse

Há claramente um apego do Judiciário ao formal em detrimento do material, discute-se se o interesse é coletivo ou individual homogêneo, quando há uma coletividade na espera de um resultado da questão material que afeta diretamente seu meio social.

Oportunamente, parafraseia-se Rui Barbosa, em seu discurso como paraninfo da turma de do Largo São Francisco, ao afirmar que justiça tardia não é justiça, mas injustiça qualificada e manifesta. Qualificada porque o Judiciário que recebe do Estado o dever de buscar a justiça quando provocado, sem entrar no mérito deste conceito, deixa-a de lado e passa a discutir se a forma processual é adequada, se houve o espaçamento correto entre o endereçamento e qualificação das partes no processo. E manifesto, pois faz isso com argumento de que é necessário o devido

processo legal, sem se importar com que se pretende na demanda ou que a demora para seu julgamento, pode causar prejuízos irreversíveis a Sociedade.

Exemplo disso é a questão ambiental, interesse difuso e, portanto, indisponível, se houver a propositura de uma ação civil coletiva por uma associação fundada há dois dias, antes de se interromper o dano poderá haver a extinção da ação, posto que o correto fosse a propositura pelo rol taxativo legal de uma ação civil pública.

E mais, prefere-se o julgamento de centenas de milhares de processo e conforme seu poder discricionário decidi-las igualmente, somente alterando o nome das partes, sob o argumento que se trata de matéria de direito já exaustivamente decidido e que, por isso não comporta maior dilação probatória, a superar questões formais irrelevantes, como a nomenclatura da ação.

Toma-se como outro exemplo pontual, as ações envolvendo planos econômicos, cujo interesse metaindividual é de fácil associação e que resolvida no âmbito da tutela coletiva teria havido considerável economia das ferramentas e dinheiro do Estado.

Para alguns juízes mais formalistas, a solução mais simples foi extinguir o processo sem análise de mérito porque os autores não juntaram os extratos bancários de 20 anos atrás, logo, independentemente de qualquer dilação probatória, foram extintos de plano sem a necessidade das instituições financeiras apresentarem defesa. Neste caso, muitas pessoas, tiveram claramente a justiça negada.

Para outros juízes, o Autor teria direito a inversão do ônus da prova e se o banco não apresentasse os extratos daquele período ficava sujeitos a uma condenação estimada pelos Autores, o que causou a algumas instituições financeiras o pagamento indevido de indenização.

Destaca-se que não há qualquer juízo de valor neste segundo posicionamento, posto que na média geral os bancos possam ter sido beneficiados, uma vez que não houve qualquer manifestação pública do contrário, porém este benefício foi negado a alguns que tinham direitos e concedidos a outros espertos que jogaram na loteria do Judiciário e foram premiados.

Neste caso, uma ação coletiva, com uma sentença baseada em uma correta dilação probatória, faria com que, após o julgamento do mérito, se procedente, estimar-se-ia os ganhos dos bancos, que independentemente dos interessados em reaver seu dinheiro, deveria restituir o dinheiro nas formas da lei (eventualmente devolução em dobro) estabelecendo a forma de identificação dos indivíduos lesados, cuja habilitação da sentença deveria ser feita em prazo determinado que após decurso, converter-se-ia o arrecadado não distribuído ao fundo para defesa dos interesses coletivos.

Certamente, haveria a inibição por parte de instituições financeiras em locupletar-se de valores que já foram considerados indevidos há quase 10 (dez) anos. Além disso, o resultado da procedência deve ser exemplar, a ponto de inibir o ato lesivo.

Diante dessa exposição, fica evidenciado que a defesa do interesse metaindividual em detrimento do interesse individual, além de funcionar como resposta aos anseios sociais, permite ao Estado conceder aos seus cidadãos o acesso à Justiça, ou melhor, ao Judiciário, independentemente de classe social ou condição econômica

Postas estas questões, espera-se que esta dissertação, traga ao âmbito acadêmico o debate acerca dos interesses metaindividuais e os instrumentos para sua defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. **A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Defesa do Consumidor**. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública na ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense.

_____. **Tratado de direito processual civil**. [S.l.:s.n]. v.1-4.

ARAÚJO, LILIAN Alves de. **Ação civil pública ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, [19__].

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

_____. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Legitimidade do ministério público para defesa de interesses individuais homogêneos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 50.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

_____. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, p. 128-59, jan./mar. 1977.

_____. **O acesso dos consumidores à justiça**. Revista de Processo, São Paulo, n. 62, p. 204-10, 1991.

_____. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 326, p. 121-30, abr./jun. 1994.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Belo Horizonte: Líder, 2000.

_____. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José . **Elementos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Os “writs” na constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, [19--].

DENARI, Zelmo (Coord.). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1-2.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1-3.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Antônio Celso de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JÚNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: [s.n.]

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos**. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 163-92.

_____. **Associação civil e interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado de Programa de Pós-Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 1989.

GARCIA, Camila Duarte. **A defesa dos interesses e Direitos do Consumidor**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 45, 30 set. 2007. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 14 jul. 2008.

GIDI, Antonio. **Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos**. Revista do Consumidor, São Paulo, n. 5, p. 206-29, jan./mar. 1993.

_____. **A ação civil pública no âmbito da justiça do trabalho: pedido, efeitos da sentença e coisa julgada**. Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, n. 2, p. 49-60, 1998.

_____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **Da coisa julgada no código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1990.

_____. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Uma nova modalidade de legitimação à ação popular**: possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 23-7.

GUERRA, Isabella Franco. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997

JUCOVSKY, Vera Lúcia. **Meios de defesa do meio ambiente**: ação popular e participação política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

L'HEUREUX, Nicole. **Acesso eficaz à justiça**: juizado de pequenas causas e ações coletivas. Tradução. Vera M. Jacob de Fradera. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 5, p. 5-26, 1993.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição trabalhista metaindividual e legitimação do ministério público. São Paulo: LTr, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense. 2003. v. 1.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LUCON, Paulo H. Santos. **Tutela coletiva**: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos. São Paulo: Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública trabalhista**: análise de alguns pontos controvertidos. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, n. 12, p. 47-78, set. 1996.

_____. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Comentários ao código de defesa do consumidor (artigos 81 a 100)**. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Manual do consumidor em juízo**. São Paulo: Saraiva, 1994

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Coisa julgada no processo coletivo: notas sobre a mitigação. direito civil e processual**. Síntese, Porto Alegre, n.36, p.38-43, jul./ago. 2005.

_____. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O ministério público na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 2. ed. São Paulo: Paloma, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. São Paulo: Malheiros, 1989.

MILARÉ, Edis. **Ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, F. C. Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo 4-8. [S.l.: s.n.].

_____. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, [19__].

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **A coisa julgada "erga omnes" nas ações coletivas (Código do Consumidor) e a lei nº 9.494/9**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 53, p.107-34, jan./mar. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos"**. *RP*, ano 7, n. 28, p.7-19, out./dez. 1982.

_____. **Temas de direito processual**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **O MP e as ações coletivas**. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública na ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos: um estudo sobre a ação civil pública trabalhista**. Revista LTr, São Paulo, n. 64, p. 151-60, fev. 2000.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 198.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1-2.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade.** São Paulo: Método, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Da ação popular constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Sentença e coisa julgada.** 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.1.

_____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século.** Rio de Janeiro: Forense, [19__].

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2003. p.7.

WOLFRAM, Charles W. **The antibiotics *Class Action***. [S.l.:s.n.].

ZAVASCKI, Teori Albino. **Direitos fundamentais de terceira geração**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/121>. Acesso em: 23 set. 2008.

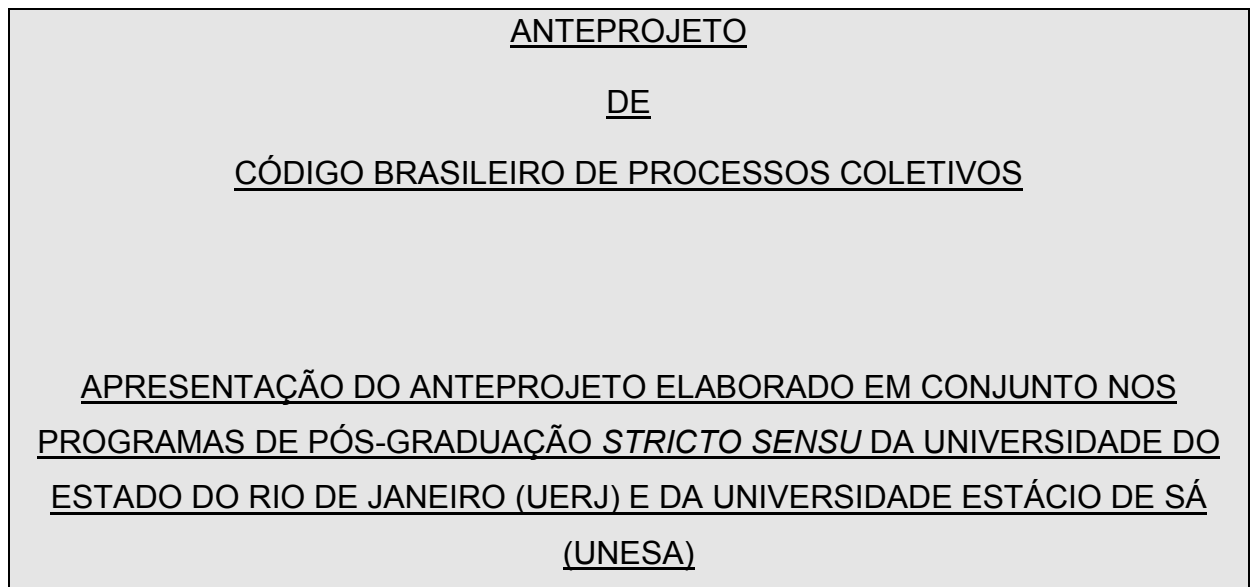
_____. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1-2.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1-3.

ANEXO 1 - ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS

COLETIVOS



1. Em termos legislativos, a história recente dos processos coletivos no Brasil encontra-se indissolavelmente marcada por três diplomas: a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347), de 1985; a Constituição da República de 1988; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078), de 1990. Ao longo dos últimos vinte anos, pode-se dizer que houve não apenas o florescimento de um conjunto de normas pertinentes, mas também o desabrochar de substancial doutrina relacionada com as ações coletivas e a ocupação de um espaço crescente por parte da preocupação de docentes e discentes no meio acadêmico, consubstanciando o surgimento de uma nova disciplina: o Direito Processual Coletivo.
2. A experiência brasileira em torno das ações coletivas, englobando a ação popular, desde 1934, é rica e vem servindo de inspiração até mesmo para outros países. Nesse sentido, forçosa é a menção ao Código Modelo de Processos Coletivos, editado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito

Processual, no ano de 2004, que foi elaborado com a participação de quatro professores brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe.

3. Os processos coletivos passaram a servir de instrumento principalmente para os denominados novos direitos, como o do meio ambiente e dos consumidores, desdobrando-se, ainda, em estatutos legislativos específicos, como a Lei nº 7.853, dispendo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº 7.913, para proteção dos investidores em valores mobiliários; a Lei nº 8.069, para a defesa das crianças e dos adolescentes; a Lei nº 8.429, contra a improbidade administrativa; a Lei nº 8.884, contra as infrações da ordem econômica e da economia popular e a Lei nº 10.741, dispendo sobre o Estatuto do Idoso, prevendo expressamente a defesa coletiva dos respectivos interesses e direitos. Entretanto, o caminho legislativo percorrido não foi apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu reveses, ressaltando-se as restrições impostas ao objeto das ações coletivas, pela Medida Provisória n. 2.180-35, e a tentativa de confinamento dos efeitos do julgado coletivo nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, ditado pela Lei nº 9.494.
4. Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico. A elaboração recente do Código Modelo para Processos Coletivos, no âmbito dos países ibero-americanos, reavivou e consolidou a vontade de se repensar a legislação brasileira em torno das ações coletivas. Nesse sentido, foi elaborado, sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, na esfera da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), um primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos

Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

5. Os programas de Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) foram pioneiros na introdução de disciplinas voltadas para o estudo dos processos coletivos, respectivamente denominadas de Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos. Procurando honrar a tradição de eminentes processualistas do Estado do Rio de Janeiro, como Machado Guimarães, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fux, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sérgio Bermudes, Leonardo Greco e Carreira Alvim, a discussão em torno do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos desenvolveu-se, paralela e concomitantemente, ao longo de todo o primeiro semestre letivo de 2005, dando prosseguimento aos debates realizados no ano de 2004, em torno do Código Modelo de Processos Coletivos e de reflexões comparativas, que procuravam, em especial, apontar para uma maior efetividade do processo coletivo, com o seu fortalecimento e consecução dos seus escopos de acesso à Justiça, de economia processual e judicial, de celeridade na prestação jurisdicional, de preservação do princípio da isonomia em relação ao direito material e do equilíbrio entre as partes na relação processual.
6. Por felicidade, o grupo reunido, sob a coordenação do Professor e Juiz Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, docente das supramencionadas disciplinas, contou com a participação de pessoas com larga experiência em termos de atuação junto a processos coletivos e uma ampla diversidade e pluralidade, em termos de origem e experiência profissional, o que enriqueceu os debates e permitiu que as questões fossem vistas de modo multifacetário. Elaboraram propostas e participaram das discussões os seguintes integrantes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* da UERJ e da UNESA: Adriana Silva de Britto (Defensora Pública), Cláudia Abreu Lima Pisco (Juíza do Trabalho), Diogo Medina Maia (Advogado), Guadalupe Louro Turos Couto (Procuradora do Trabalho), Luiz Norton Baptista de Mattos (Juiz Federal), Márcio Barra Lima (Procurador da República), Maria Carmen Cavalcanti de Almeida

(Promotora de Justiça), Mariana Romeiro de Albuquerque Mello (Advogada), Marília de Castro Neves Vieira (Procuradora de Justiça), Paula Maria de Castro Barbosa (Advogada e Pesquisadora), Ana Paula Correia Hollanda (Promotora de Justiça), Andrea Cruz Salles (Advogada), Caio Márcio G. Taranto (Juiz Federal), Carlos Roberto de Castro Jatahy (Procurador de Justiça), Heloisa Maria Daltro Leite (Procuradora de Justiça), José Antônio Fernandes Souto (Promotor de Justiça), José Antônio Ocampo Bernárdez (Promotor de Justiça), Larissa Ellwanger Fleury Ryff (Promotora de Justiça), Marcelo Daltro Leite (Procurador de Justiça), Miriam Tayah Chor (Promotora de Justiça), Mônica dos Santos Ferreira (Advogada) e Vanice Lírio do Valle (Procuradora do Município).

7. A idéia inicial, voltada para a apresentação de sugestões e propostas para a melhoria do anteprojeto formulado em São Paulo, acabou evoluindo para uma reestruturação mais ampla do texto original, com o intuito de se oferecer uma proposta coerente, clara e comprometida com o fortalecimento dos processos coletivos, culminando com a elaboração de um novo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que ora é trazido à lume e oferecido ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, aos meios acadêmicos, aos estudiosos e operadores do Direito e à sociedade, como proposta para ser cotejada e discutida.
8. O Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro encontra-se estruturado em cinco partes: I – Das ações coletivas em geral; II – Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos; III – Da ação coletiva passiva; IV – Dos procedimentos especiais; V – Disposições finais.
9. Na primeira parte, o Capítulo I contém dois artigos introdutórios, que estatuem a admissibilidade de todas as espécies de ações para a consecução da tutela jurisdicional coletiva, bem como o seu objeto, mediante a tradicional divisão ternária dos interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, além de afastar a possibilidade de pedido de declaração de inconstitucionalidade, salvo como questão prejudicial, na via do controle difuso. O Capítulo II, que trata dos pressupostos processuais e das condições da ação coletiva,

possui três Seções. Na primeira – Do órgão judiciário, encontram-se disciplinados a competência territorial, a prioridade de processamento para os processos coletivos, a especialização de juízos para o processamento e julgamento de processos coletivos e a conexão, ficando prevento o juízo perante o qual foi distribuída a primeira demanda coletiva, para os demais processos conexos, ainda quando diversos os sujeitos processuais. A segunda Seção regula a litispendência, deixando expressa a sua existência quando houver o mesmo pedido, causa de pedir e interessados, e a continência, dando a este último instituto um tratamento inovador e consentâneo com a sua natureza. A terceira Seção do Capítulo II dispõe sobre as condições específicas da ação coletiva, estabelecendo, como requisitos, a representatividade adequada e a relevância social da tutela coletiva, bem como o rol dos legitimados ativos, que, consentâneo com a perspectiva de ampliação do acesso à Justiça, do fortalecimento dos instrumentos coletivos de prestação jurisdicional e com as diretrizes do Código Modelo de Processos Coletivos, passa por um alargamento substancial, na qual figuram a pessoa natural, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; o membro do grupo, categoria ou classe, para a proteção dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos; o Ministério Público, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse social; a Defensoria Pública, quando os interessados forem predominantemente hipossuficiente; as pessoas jurídicas de direito público interno; as entidades e órgãos da Administração Pública; as entidades sindicais, para a defesa da categoria; os partidos políticos e as associações legalmente constituídas. O Capítulo III cuida da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta. O Capítulo IV – Da postulação, estabelece regramento em termos de custas e honorários, da instrução da petição inicial, do pedido, dos efeitos da citação e da audiência preliminar, além de prever a possibilidade do juiz ouvir a parte contrária, com prazo de 72 (setenta e duas) horas, antes de conceder liminar ou tutela antecipada, quando entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida. Em seguida, o Capítulo V prevê a denominada carga dinâmica da prova, com a incumbência do ônus

da prova recaindo sobre a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração. O Capítulo VI, cuidando do julgamento, do recurso e da coisa julgada, inova ao unificar o sistema de coisa julgada para os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, em todas as hipóteses haverá a coisa julgada *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Por conseguinte, a sentença proferida, em processo coletivo, em torno dos direitos individuais homogêneos é fortalecida, pois será vinculativa também quando houver julgamento de improcedência do pedido fora das hipóteses de insuficiência de provas. O texto proposto estabelece, ainda, expressamente, que a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*. O Capítulo VII trata das obrigações específicas de fazer, não fazer e de dar, bem como da reparação de danos provocados ao bem indivisivelmente considerado. No Capítulo VIII, são reguladas a liquidação e a execução em geral. Por fim, o Capítulo IX da Parte I cria o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, sob a incumbência do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, e edita norma geral pertinente ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, que será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais.

10. A Parte II, destinada às ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, talvez seja a mais inovadora no Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro. As modificações procuraram atentar para uma realidade de certo modo perversa que vem se mantendo ao longo dos últimos vinte anos: as ações coletivas não estavam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil para a solução dos problemas individuais decorrentes de origem comum. Não lograram, assim, ser um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante um único processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário

continuou e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêem envolvidos com um número enorme e comprometedor, em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados. Os exemplos são inúmeros: expurgos nas cadernetas de poupança e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), reajuste de benefícios previdenciários, de vencimentos e de salários, questões tributárias nas esferas municipais, estaduais e federal etc. O motivo pode ser facilmente percebido: o sistema vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual. Propõe-se, assim, uma remodelagem no sistema, a partir do fortalecimento e da priorização do processo coletivo, sem que haja, contudo, prejuízo para o acesso individual. O ajuizamento ou prosseguimento de ação individual versando sobre direito ou interesse, que esteja sendo objeto de ação coletiva, pressupõe a exclusão tempestiva e regular do processo coletivo. Para tanto, se prevê a comunicação dos interessados, que poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário etc. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, dos processos individuais que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo. Dentro do prazo de suspensão, os autores individuais poderão requerer a continuação do respectivo processo individual, sob pena de extinção sem o julgamento do mérito. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento de ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão. Como

requisito específico para a ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, estabelece o Anteprojeto a necessidade de aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto. O Anteprojeto procura afastar, ainda, os riscos de indeferimento indevido ou de retardamento do andamento do processo em razão da falta inicial de determinação dos interessados, que poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado. Os artigos 30 a 40 regulam detalhadamente os processos coletivos para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, com regras pertinentes à citação e notificações, à relação entre ação coletiva e ações individuais, à possibilidade de intervenção dos interessados mediante a assistência e aos efeitos da transação. Em relação à sentença condenatória, o Anteprojeto estabelece que, sempre que for possível, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe, procurando, assim, dar maior efetividade e celeridade para a satisfação plena, procurando romper com a sistemática da condenação genérica no processo coletivo e as subseqüentes liquidações e execuções individuais, que acabam sendo complexas e demoradas, não sendo sequer realizadas por uma boa parte dos interessados em potencial, devendo, assim, ser deixada para um segundo plano, ou seja, apenas quando for impossível a prolação de sentença líquida. Em termos de competência para a liquidação e execução, o texto proposto estabelece prioridade também para as liquidações e execuções coletivas, que serão processadas perante o juízo da sentença condenatória. Mas, quando houver liquidações ou execuções individuais, o foro competente será o do domicílio do demandante individual ou do demandado, pois a concentração de milhares ou milhões de liquidações e/ou execuções individuais no juízo da ação coletiva condenatória propiciaria a inviabilização do órgão judicial especializado ou prevento para as demandas coletivas. O Anteprojeto deixa claro, também, que, quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada

beneficiário. Previu, ainda, regras subsidiárias pertinentes às liquidações e execuções individuais e ao concurso de créditos entre condenações pelos prejuízos coletiva e individualmente considerados.

- 11.** A Parte III foi destinada à ação coletiva passiva, que passaria a ser mencionada expressamente na nova legislação. A redação prevista no Anteprojeto inicialmente formulado na USP estabelecia expressamente, em termos de direitos e interesses individuais homogêneos, que “a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual”. Da simples leitura, pode-se constatar a inocuidade da norma, impondo-se indagar: quem iria propor uma demanda coletiva passiva, sabendo, de antemão, que o melhor resultado possível, ou seja, o julgamento de procedência do pedido, praticamente nenhum valor teria, pois a ninguém vincularia? Portanto, o demandante estaria fadado a perder ou a não ganhar nada, podendo-se antever, desde já, que a nova regulação estaria por soterrar a malfadada ação coletiva passiva, tal qual nos moldes propostos. O texto proposto no Anteprojeto ora apresentado corrige o problema, estabelecendo simplesmente a vinculação dos membros do grupo, categoria ou classe.
- 12.** A Parte IV, destinada aos procedimentos especiais em termos de tutela coletiva, encontra-se subdividida em quatro capítulos: Do mandado de segurança coletivo; Do mandado de injunção coletivo; Da ação popular; e Da ação de improbidade administrativa. Cogita-se, ainda, da elaboração de um quinto capítulo, para a regulação dos dissídios coletivos. Procurou-se respeitar, nessa parte, as normas vigentes, salvo em relação ao mandado de injunção coletivo, diante da lacuna legal existente. Registre-se, na espécie, que a redação originária do anteprojeto formulado em São Paulo, corretamente, procurava dispor o instituto nos moldes pugnados pela doutrina, para dar à sentença concessiva do mandado a formulação, com base na equidade, de norma regulamentadora para o caso concreto. A nova redação, agora apresentada, mantém a orientação, sem descuidar,

no entanto, do aspecto pertinente ao controle e regularização da omissão existente, estabelecendo, para tanto, o litisconsórcio obrigatório entre a autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora e a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que impossibilite o exercício do direito no caso concreto, e, na sentença, a comunicação da caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para que possa ser suprida, conciliando, assim, a consagrada jurisprudência conferida pelo Supremo Tribunal Federal com a pretendida efetividade do mandado de injunção coletivo para a regulação do caso concreto.

- 13.** Por último, a Parte V, que cuida das disposições finais, dispõe sobre os princípios de interpretação, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às ações coletivas, a instalação de órgãos especializados para o processamento e julgamento de demandas coletivas, no âmbito da União e dos Estados, e a vigência do Código Brasileiro de Processos Coletivos, dentro de um ano a contar da publicação da lei. O Anteprojeto procura, ainda, corrigir e adaptar algumas normas vigentes em outros estatutos legais, bem como revogar expressamente os dispositivos incompatíveis com o novo texto.
- 14.** Na esperança que o presente Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos possa representar uma efetiva contribuição para o aprimoramento do acesso à Justiça, para a melhoria na prestação jurisdicional e para a efetividade do processo, leva-se à lume a proposta formulada, submetendo-a aos estudiosos do assunto, aos profissionais do Direito e a toda a sociedade, para que possa ser amplamente analisada e debatida.

Rio de Janeiro, agosto de 2005.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Professor Doutor de Direito Processual Civil na UERJ e UNESA

Juiz Federal

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual,
do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual
e da Associação Internacional de Direito Processual.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

PARTE I – DAS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

Capítulo I – Da tutela coletiva

Art. 1º. Da tutela jurisdicional coletiva Para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis, além das previstas neste Código, todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 2º. Objeto da tutela coletiva A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

Parágrafo único - Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Capítulo II – Dos pressupostos processuais e das condições da ação

Seção I – Do órgão judiciário

Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§1º. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2º. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.

Redação aprovada na UNESA: Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Parágrafo único. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 4º. Prioridade de processamento O juiz dará prioridade ao processamento da ação coletiva.

Art. 5º. Juízos especializados As ações coletivas serão processadas e julgadas em juízos especializados, quando existentes.

Art. 6º. Conexão Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

SEÇÃO II – DA LITISPENDÊNCIA E DA CONTINÊNCIA

Art. 7º. Litispendência e continência A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

§ 1º. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito.

§ 2º. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.

§ 3º. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado.

SEÇÃO III – DAS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DA AÇÃO COLETIVA E DA LEGITIMAÇÃO ATIVA

Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

- a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c) sua conduta em outros processos coletivos;
- d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;
- e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

§ 2º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3º. do artigo seguinte.

Art. 9º. Legitimação ativa São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;

III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;

VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código;

VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§ 2º. Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3º. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

Capítulo III – Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta

Art. 10 Comunicação sobre processos repetitivos O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9º), a fim de que proponham, querendo, ação coletiva.

Parágrafo único – Caso o Ministério Público não promova a ação coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

Art.11 Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

§ 1º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 2º. Os autos do inquérito civil ou das peças informativas arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 10 (dez) dias, ao órgão com atribuição para homologação, na forma da Lei Orgânica.

§ 3º. Até que, em sessão do órgão com atribuição para homologação, seja homologada ou rejeitada a promoção, poderão os interessados apresentar razões escritas e documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 4º. Deixando o órgão com atribuição de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Art. 12 Compromisso de ajustamento de conduta O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes.

Parágrafo único – Quando o compromisso de ajustamento for tomado por legitimado que não seja o Ministério Público, este deverá ser cientificado para que funcione como fiscal.

Capítulo IV – Da postulação

Art. 13 Custas e honorários Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 1º. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

§ 2º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 3º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

§ 4º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 14 Da instrução da inicial Para instruir a inicial, o legitimado, sem prejuízo das prerrogativas do Ministério Público, poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º. As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução da ação coletiva.

§ 2º. Somente nos casos em que o sigilo for exigido para a defesa da intimidade ou do interesse social poderá ser negada a certidão ou informação.

§ 3º. Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

Art. 15 Pedido O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

Art 16 Contraditório para as medidas antecipatórias Para a concessão de liminar ou de tutela antecipada nas ações coletivas, o juiz poderá ouvir, se entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida, a parte contrária, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Art. 17 Efeitos da citação A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

Art. 18 Audiência preliminar Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para esse, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º. do artigo seguinte.

CAPÍTULO V – DA PROVA

Art. 19 Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

§ 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

CAPÍTULO VI – DO JULGAMENTO, DO RECURSO E DA COISA JULGADA

Art. 20 Motivação das decisões judiciais Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 21 Efeitos do recurso da sentença O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art. 22 Coisa julgada Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 1º. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

§ 2º. Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art.37 e seguintes.

§ 3º. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

§ 4º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

CAPÍTULO VII – DAS OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS

Art. 23 Obrigações de fazer e não fazer Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

§ 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial.

§4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Art. 24 Obrigações de dar Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Art. 25 Ação indenizatória Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o bem ou interesse afetado.

§ 1º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 2º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas.

§ 3º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para completar as medidas determinadas na decisão judicial.

§ 4º. Aplica-se ao descumprimento injustificado dos parágrafos 2º. e 3º. o disposto no parágrafo 2º. do artigo 29.

CAPÍTULO VIII – DA LIQUIDAÇÃO E DA EXECUÇÃO

Art. 26 Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor da ação coletiva promova a liquidação ou execução coletiva, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 27 Execução definitiva e execução provisória A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º. A execução provisória corre por conta e risco do exeqüente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º. A execução provisória não impede a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º. A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IX – Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Art. 28 Cadastro nacional de processos coletivos O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o cadastro nacional de processos coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídas ações coletivas remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial ao cadastro nacional de processos coletivos.

§ 2º. O Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do cadastro nacional de processos coletivos, em especial a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência das ações coletivas e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado; disciplinará, ainda, sobre os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e o acompanhamento daquelas por qualquer interessado.

Art. 29 Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos O fundo será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 1º. Além da indenização oriunda de sentença condenatória, nos termos do disposto no caput do art. 25, constituem também receitas do Fundo o produto da arrecadação de multas judiciais e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada em termo de ajustamento de conduta.

§ 2º. O representante legal do Fundo, considerado servidor público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e da decisão final do processo.

§ 4º. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional.

§ 5º. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

PARTE II – DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DOS DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art. 30 Da ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no art.8º. deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Art. 31 Determinação dos interessados A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação dos membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, poderá o juiz determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 32 Citação e notificações Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em

relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

§ 1º. Não sendo fixado pelo juiz o prazo acima mencionado, o direito de exclusão poderá ser exercido até a publicação da sentença no processo coletivo.

§ 2º. A comunicação prevista no *caput* poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 33 Relação entre ação coletiva e ações individuais O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

§ 1º. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

§ 2º. Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

§ 3º. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da

ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

§ 4º. Não tendo o juiz deliberado acerca da forma de exclusão, esta ocorrerá mediante simples manifestação dirigida ao juiz do respectivo processo coletivo ou ao órgão incumbido de realizar a nível nacional o registro das ações coletivas, que poderão se utilizar eventualmente de sistema integrado de protocolo.

§ 5º. O requerimento de exclusão, devida e tempestivamente protocolizado, consistirá em documento indispensável para a propositura de ulterior demanda individual.

Art. 34 Assistência Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos poderão intervir no processo como assistentes, sendo-lhes vedado discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 35 Efeitos da transação As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo único – Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos serão comunicados, nos termos do art. 32, para que possam exercer o seu direito de exclusão, em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias.

Art. 36 Sentença condenatória Sempre que possível, em caso de procedência do pedido, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º. Quando o valor dos danos sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula

matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula do cálculo da indenização individual.

§ 2º. Não sendo possível a prolação de sentença coletiva líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 37 Competência para a liquidação e a execução É competente para a liquidação e a execução o juízo:

I – da ação condenatória, quando coletiva a liquidação ou a execução;

II – do domicílio do demandado ou do demandante individual, no caso de liquidação ou execução individual.

Art. 38 Liquidação e execução coletivas Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas pelos legitimados à ação coletiva.

Art. 39 Pagamento Quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário; os respectivos saques, sem expedição de alvará, reger-se-ão pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários e estarão sujeitos à retenção de imposto de renda na fonte, nos termos da lei.

Art. 40 Liquidação e execução individuais Quando não for possível a liquidação coletiva, a fixação dos danos e respectiva execução poderão ser promovidas individualmente.

§ 1º. Na liquidação de sentença, caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º. Decorrido o prazo de um ano sem que tenha sido promovido um número de liquidações individuais compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados coletivos promover a liquidação e a execução coletiva da indenização devida pelos danos causados, hipótese em que:

I – O prazo previsto neste parágrafo prevalece sobre os prazos prescricionais aplicáveis à execução da sentença;

II – O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento;

III – Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

Art. 41 Concurso de créditos Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 25 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estes terão preferência no pagamento.

Parágrafo único – Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo ficará suspensa enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

PARTE III – DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Art. 42 Ação contra o grupo, categoria ou classe Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º.) e se revista de interesse social.

Art. 43 Coisa julgada passiva A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 44 Aplicação complementar à ação coletiva passiva Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

PARTE IV – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Capítulo I – Do mandado de segurança coletivo

Art. 45 Cabimento Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º. da Constituição Federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 2º.).

Art. 46 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de segurança coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), e na lei 1533/51, no que não for incompatível.

CAPÍTULO II – DO MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

Art. 47 Cabimento Conceder-se-á mandado de injunção coletivo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, relativamente a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Art. 48 Competência É competente para processar e julgar o mandado de injunção coletivo:

I - o Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo Único – Compete também ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única ou última instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

II - o Superior Tribunal de Justiça, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

III - O Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de Governador, Assembléia Legislativa,

Tribunal de Contas local, do próprio Tribunal de Justiça, de órgão, entidade ou autoridades estadual ou distrital, da administração direta ou indireta.

Art. 49 Legitimação passiva O mandado de injunção coletivo será impetrado, em litisconsórcio obrigatório, em face da autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora; e ainda da pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que, por inexistência de norma regulamentadora, impossibilite o exercício dos direitos e liberdades constitucionais relativos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 50 Edição superveniente da norma regulamentadora Se a norma regulamentadora for editada no curso do mandado de injunção coletivo, o órgão jurisdicional apurará acerca da existência ainda de matéria não regulada, referente a efeitos pretéritos do dispositivo constitucional tardiamente regulado, prosseguindo, se for a hipótese, para julgamento da parte remanescente.

§ 1º Disposto a norma regulamentadora editada no curso do mandado de injunção coletivo inclusive quanto ao período em que se verificara a omissão legislativa constitucionalmente relevante, o processo será extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil, ficando o autor coletivo dispensando do pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios.

§ 2º A norma regulamentadora, editada após o ajuizamento do mandado de injunção coletivo, respeitará os efeitos de eventual decisão judicial provisória ou definitiva proferida, mas será aplicada às projeções futuras da relação jurídica objeto de apreciação jurisdicional.

Art. 51 Sentença A sentença que conceder o mandado de injunção coletivo:

I – comunicará a caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para a adoção, no prazo que fixar, das providências necessárias;

II – formulará, com base na equidade, a norma regulamentadora e, no mesmo julgamento, a aplicará ao caso concreto, determinando as obrigações a serem cumpridas pelo legitimado passivo para o efetivo exercício das liberdades e prerrogativas constitucionais dos integrantes do grupo, categoria ou classe.

§ 1º A parcela do dispositivo que se revista do conteúdo previsto no inciso II se prolata sob condição suspensiva, a saber, transcurso *in albis* do prazo assinalado a teor do inciso I, para superação da omissão legislativa constitucionalmente relevante reconhecida como havida.

§ 2º Na sentença, o juiz poderá fixar multa diária para o réu que incida, eventualmente, em descumprimento da norma regulamentadora aplicada ao caso concreto, independentemente do pedido do autor.

Art. 52 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de injunção coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), quando compatível.

CAPÍTULO III – DA AÇÃO POPULAR

Art. 53 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação popular o disposto na lei 4717/65, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

CAPÍTULO IV – DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Art. 54 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação de improbidade administrativa o disposto na lei 8429/92, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

PARTE V – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 55 Princípios de interpretação Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 56 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil.

Art. 57 Nova redação Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a) o inciso VIII do artigo 6º. da lei 8078/90 passa a ter a seguinte redação:

art. 6º. inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, incumbindo o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

b) o artigo 80 da lei 10741/2003 passa a ter a seguinte redação:

art. 80 – as ações individuais movidas pelo idoso poderão ser propostas no foro do seu domicílio.

Art. 58 Revogação Revogam-se a Lei 7347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei 8078/90, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei 4717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei 7853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei 8069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2ºA da Lei 9494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei 10741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 59 Instalação dos órgãos especializados A União, no prazo de um ano, a contar da publicação deste código, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 60 Vigência Este código entrará em vigor dentro de um ano a contar de sua publicação.