

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

HAMILTON VALVO CORDEIRO PONTES

**EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA
SOB A ÓTICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

São Paulo

2007

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

HAMILTON VALVO CORDEIRO PONTES

**EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA SOB
A ÓTICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Fortes Barbosa Filho

São Paulo

2007

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

HAMILTON VALVO CORDEIRO PONTES

**EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA SOB
A ÓTICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Dissertação apresentada à Universidade
Presbiteriana Mackenzie como parte dos
requisitos para obtenção do título de Mestre em
Direito Político e Econômico.

Banca Examinadora

Professor Doutor Marcelo Fortes Barbosa Filho

Professor Doutor Gianpaolo Poggio Smanio

Professor Doutor Roque Komatsu

São Paulo

2007

Dedico este trabalho aos meus pais e à minha esposa.

AGRADECIMENTOS

Aos Professores Doutores Marcelo Fortes Barbosa Filho e Gianpaolo Poggio Smanio pelo auxílio e incentivo.

RESUMO

A defesa dos direitos coletivos lentamente deixa de ser objeto de estudo de poucos para se tornar realidade no mundo moderno. O Brasil foi pioneiro na criação e implementação dos processos coletivos. Todavia, frise-se que os instrumentos previstos na legislação pátria são insuficientes. Avanço no tocante à realização do Estado Democrático de Direito é desenvolver estudo destinado à busca da efetividade do processo coletivo, destacando-se os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos e o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero - América, contribuindo-se, assim, para a melhoria na prestação jurisdicional e para o acesso à Justiça.

Palavras-chave: tutela coletiva; individuais homogêneos; anteprojetos.

ABSTRACT

The defense of groups' rights slowly stops to be studied only by few people to become a reality in modern world. Brazil was the pioneer on creating and applying collective procedure. However, it is important to highlight that the tools set on Brazilian laws are not enough. To develop research about collective procedures' effectivity represents a step forward in order to turn real the Democratical State of Law. In this sense, it is important to emphasize the draft law for a Brazilian Code of Collective Procedure and the Pattern Code of Collective Procedure for Iberian America, which shall contribute to improve jurisdictional service and to provide universal access to Justice.

Key-words: collective procedure; homogeneous individual rights; draft law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO, 12

2. DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS, 14

2.1 NOMENCLATURA: DIREITOS OU INTERESSES? TRANSINDIVIDUAIS OU METAINDIVIDUAIS?, 14

2.2 CONCEPÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E SUA RAZÃO DE SER, 20

2.3 DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM ESPÉCIE, 21

2.3.1 Direitos Difusos, 22

2.3.2 Direitos Coletivos, 27

2.3.3 Direitos Individuais Homogêneos, 30

3. TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA, 33

3.1 INTRODUÇÃO, 33

3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O FORMALISMO, 36

3.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS, 38

3.3.1 O Direito Romano, 38

3.3.2 A Europa Medieval e as Ações Coletivas, 40

3.3.3 Transição Para o Período Moderno e Contemporâneo, 42

3.4 PRINCÍPIOS DE DIREITO PROCESSUAL COLETIVO, 50

3.4.1 Princípio do Acesso à Justiça, 50

3.4.2 Princípio da Universalidade da Jurisdição, 50

3.4.3 Princípio da Participação, 50

3.4.4 Princípio da Ação, 51

3.4.5 Princípio do Impulso Oficial, 51

3.4.6 Princípio da Economia, 52

3.4.7 Princípio da Instrumentalidade das Formas, 52

3.4.8 Princípio da Máxima Efetividade do Processo Coletivo, 53

3.4.9 Princípio do Máximo Benefício da Tutela Jurisdicional Coletiva, 54

3.4.10 Princípio da Máxima Amplitude da Tutela Jurisdicional Coletiva, 54

3.5 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL (LEGISLAÇÃO COMPARADA), 54

3.5.1 Itália, 55

3.5.2 França, 56

3.5.3 Alemanha, 57

3.5.4 Espanha, 58

3.5.5 Estados Unidos, 59

3.5.6. Inglaterra, 62

3.5.7 Canadá, 63

3.5.8 Austrália e Nova Zelândia, 64

3.5.9 Conclusão, 64

3.6 EVOLUÇÃO DO TEMA NO BRASIL, 65

3.6.1 A Lei de Ação Popular, 65

3.6.2 A Lei Protetiva de Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (7913/89), 69

3.6.3 A Lei de Ação Civil Pública, 69

3.6.3.1 Introdução, 69

3.6.3.2 Denominação, 70

3.6.3.3 Objeto Material da Ação Civil Pública, 71

3.6.4 Código de Defesa do Consumidor, 72

4. PECULIARIDADES DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, 73

4.1 INTRODUÇÃO, 73

4.2 ADVENTO, 73

4.3 NATUREZA JURÍDICA, 74

4.4 A AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, 76

4.4.1 Aspectos Gerais, 76

4.4.2 Repartição da Atividade Cognitiva, 77

4.4.3 Legitimação Ativa por Substituição Processual e Sentença Genérica, 78

4.4.3.1 Órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, 78

4.4.3.2 Ministério Público e a Tutela de Direitos Individuais Homogêneos, 78

4.4.3.3 Entidades associativas, 79

4.4.3.4 Sentença genérica, 80

4.4.4 Liberdade de Adesão do Titular do Direito Individual, 80

4.4.5 Litispendência, 82

4.4.6 Coisa Julgada, 83

4.4.7 Ação de Cumprimento: Liquidação e Execução da Sentença Genérica, 89

4.4.7.1 Legitimação ativa para a ação de cumprimento, 90

4.4.7.2. Objeto da ação de cumprimento na fase de liquidação, 91

4.4.7.3 Fase de Execução, 92

4.4.8 Restrições à Ação Coletiva Impostas pelo Legislador Ordinário, 93

5. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, 94

5.1 INTRODUÇÃO, 94

5.2 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS APLICÁVEIS À TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, 94

5.2.1 Introdução, 94

5.2.2 Tutela Preventiva, 96

5.2.3 Tutela Repressiva (Reparatória) e as Várias Espécies de Sanção Jurídica, 96

5.2.4 Tutela de Urgência (Cautelar e Antecipatória), 97

5.2.5 Considerações Finais, 98

5.3 A CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO, 98

5.3.1 Codificação: Aspectos Gerais, 98

5.3.2 Escorço Histórico, 100

5.4 CÓDIGO-MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA, 103

5.4.1 Origem, 103

5.4.2 Objetivos, 104

5.4.3 Estrutura Formal do Código Modelo, 104

5.4.4 Principais Inovações Propostas, 106

5.4.5 Análise Crítica do Código-Modelo, 110

5.5 CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO, 112

5.5.1 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos Coordenado por Ada Pellegrini Grinover na Universidade de São Paulo (Versão de Dezembro de 2006), 113

5.5.1.1 Estrutura Formal, 113

5.5.1.2 Principais Inovações Propostas, 114

5.5.1.2.1 *Instrução da inicial, encargos e gratificações*, 114

5.5.1.2.2. *Pedido e causa de pedir*, 116

5.5.1.2.3. *Relação entre Demandas Coletivas e Individuais*, 118

5.5.1.2.4. *Coisa julgada*, 120

5.5.1.2.5. *Comunicação sobre Processos Repetidos e Prioridade de Tramitação*, 120

5.5.1.2.6. *Ônus da prova e papel ativo do juiz*, 121

5.5.1.2.7 *Competência territorial*, 123

5.5.1.2.8 *Legitimação*, 123

5.5.1.2.9 *Liquidação dos danos individuais*, 126

5.5.1.2.10 *Objeto da ação coletiva*, 127

5.5.1.2.11 *Suspensão dos processos individuais*, 128

5.5.1.2.12 *Outras inovações*, 128

5.5.1.3 *Análise Crítica do Anteprojeto*, 129

5.5.2 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos Coordenado por Alúcio Gonçalves de Castro Mendes nos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UERJ e da UNESA, 135

5.5.2.1 *Divisão Estrutural do Anteprojeto*, 135

5.5.2.2 *Principais Inovações Propostas pelo Anteprojeto*, 135

5.5.2.2.1 *Aspectos centrais*, 135

5.5.2.2.2 *Foro competente*, 136

5.5.2.2.3 *Legitimação*, 137

5.5.2.2.4 *Representatividade adequada*, 138

5.5.2.2.5 *Gratificação e ônus da prova*, 139

5.5.2.2.6 *Litispêndência, coisa julgada e sistema de exclusão*, 139

5.5.2.2.7 *Liquidação e Execução*, 142

5.5.2.2.8 *Outras disposições*, 144

5.5.2.3 *Análise Crítica do Anteprojeto*, 144

5.5.3 Breve Análise da Ação Coletiva Passiva (*Defendant Class Action* Brasileira) à Luz dos Anteprojetos de Código de Processos Coletivos, 146

6. CONCLUSÃO, 150

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS, 152

EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

1. INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional coletiva é, indubitavelmente, um dos temas mais relevantes do direito neste início do século XXI. Porém, para que se converta em instrumento apto a alterar a realidade, indispensável que a visão da comunidade jurídica como um todo mude, atendendo, assim, os anseios de uma sociedade mais justa, com uma Constituição em que prepondera o respeito aos direitos humanos e sociais. Não se pode permanecer insensível às mudanças, com foco ainda voltado à chamada era industrial, do século XVII e primórdios do século XVIII, sob forte influência do direito individual, agasalhado, principalmente, no capital, no meio político, na força econômica, em detrimento da coletividade. Com efeito, lides envolvendo interesses transindividuais são decididas à luz de princípios e regras de direito individual e, como resultado, temos justiça incompleta, distorcida.

É chegado o momento histórico de se optar entre continuar asfixiado no repositório instrumental atravancador, intrincado, retrógrado de entrega da prestação jurisdicional, voltado quase que exclusivamente àqueles interesses individuais, da propriedade privada burguesa, com alicerces fincados na remota era da queda da Bastilha, ou assumir o comando da locomotiva, moderna e veloz da tutela jurisdicional coletiva, para que, doravante, nosso país seja visto como legítimo guardião do Estado Democrático de Direito.

Corroborando o exposto, uma análise histórica perfunctória demonstra que, a despeito dos incontestáveis méritos e reflexos positivos, o levante que resultou na tomada do poder político na França, no século XVIII, foi encabeçado por intelectuais, proprietários, professores, advogados, juizes, promotores, visando primordialmente proteger interesses individuais e a propriedade privada. O direito processual coletivo, inclusive sob a ótica dos direitos individuais homogêneos, pode representar linha de seguimento progressista do direito e resposta adequada aos anseios de efetivação dos direitos da solidariedade, de terceira geração, cujo resultado final redundará na verdadeira efetividade da prestação jurisdicional. A tutela jurisdicional coletiva está ligada indissociavelmente à idéia de acesso à justiça que vai além da mera possibilidade de qualquer cidadão ter suas pretensões de direito analisadas pelo

Judiciário, mas como princípio que prescreva vias mais rápidas, eficazes e justas para prover tutela jurídica em relação aos conflitos surgidos na sociedade¹.

O estudo em tela versa sobre a contraposição existente entre o modelo procedimental formalista vigente no sistema processual brasileiro e aquele flexibilizado proposto pelos Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, notadamente sob a ótica dos direitos individuais homogêneos, bem como acerca das possíveis vantagens e desvantagens advindas dessa mudança paradigmática a ser implementada, com a conseqüente redução dos elementos de contenção das partes e do juiz em face da progressiva flexibilidade procedimental adotada.

Consoante se verá adiante, o modelo vigente deixou de oferecer respostas convincentes aos problemas contemporâneos do jurisdicionado. Percebe-se que o conflito, na seara coletiva, não propicia um mero antagonismo bipolar, pois decorre de uma atividade dialogal muito ampla e complexa, que não encontra espaço suficiente para se desenvolver num procedimento rígido e formalista.

Desta forma, precisam ser questionados alguns dogmas e apriorismos arraigados em fatores culturais e ideológicos que estiveram presentes no advento da legislação processual civil individual e formalista, particularmente no que se refere ao regime rigidamente preclusivo adotado por esta legislação. Assim, nada melhor do que a elaboração de Anteprojetos de Código de Processos Coletivos para inaugurar novas perspectivas de uma estrutura procedimental diferente, em benefício da maior efetividade da tutela jurisdicional², consoante se procurará demonstrar no decorrer deste trabalho.

¹ SANTOS, Dorival Moreira dos. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: Inovações na prática processual em busca da efetividade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 40.

² GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 78.

2. DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

2.1 NOMENCLATURA: DIREITOS OU INTERESSES? TRANSINDIVIDUAIS OU METAINDIVIDUAIS?

O estudo sistemático dos chamados novos direitos é relativamente recente³ e, como tal, apresenta uma série de imprecisões terminológicas e de perguntas sem respostas satisfatórias, que somente o amadurecimento científico solucionará. Como primeira questão de relevo acerca do tema discute-se qual a nomenclatura correta a ser empregada entre as seguintes opções: “direitos” ou “interesses” transindividuais?

Explica-se tal discussão pelo fato de que os diversos ordenamentos jurídicos, ao se depararem com a nova realidade advinda pela dimensão alcançada pelas pretensões coletivas, comuns aos integrantes de toda a comunidade, mas não imputáveis a ninguém, individualmente, não ousavam qualificá-las como autênticos direitos subjetivos, eis que refugiam às velhas fórmulas segundo os quais eram até então descritos⁴.

Assim, na medida em que se revelava a insuficiência do tradicional conceito de direito subjetivo, passou a ser comum a utilização da expressão interesses, ao invés de direitos, a fim de substantivar as aspirações materiais que transcendessem as individuais⁵.

Antonio Gidi, refletindo sobre tal ponto revela que:

...a pretensa distinção existente entre direito subjetivo e direito transindividual se deve ao ranço individualista que marcou a dogmática jurídica do século XIX: o preconceito ainda que inconsciente em admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual. Isto porque os referidos direitos, pela indivisibilidade de seu objeto e imprecisa determinação de sua titularidade, não se enquadrariam exatamente na rígida delimitação conceitual do direito subjetivo como fenômeno de subjetivação do direito objetivo⁶.

Desta maneira, sob a ótica liberal-individualista, é possível compreender os motivos pelos quais se reservou às pretensões transindividuais a qualificação de interesses e não de direitos difusos ou coletivos.

Como ressalta José Manuel de Arruda Alvim:

³ Ada Pellegrini Grinover em apresentação de obra de sua lavra (*A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984) aponta trabalho elaborado por José Carlos Barbosa Moreira (*A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110-123) como pioneiro nessa seara.

⁴ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difuso, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 44.

⁵ Id. *Ibid.*, p.45.

⁶ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.17.

A idéia central do direito subjetivo é sua rigorosa individualização e atribuição de poder subjetivo a uma pessoa ou a um ente jurídico, em si mesmo e em relação à sua titularidade, o que se projetou no Código de Processo Civil, encontrando o direito subjetivo sua *longa manus* no artigo 6º desse diploma, marcadamente individualista⁷.

Desta feita, conclui-se, sob o prisma conservador, que às aspirações coletivas careceria reconhecimento legislativo, e, pelo fato de não serem oponíveis *erga omnes* por titulares concretamente individualizáveis, não mereceriam ostentar o status de direitos subjetivos⁸.

Diante dos percalços descritos, a doutrina passou a designar as referidas pretensões como interesses difusos ou coletivos, expressões estas que se tornaram consagradas, inclusive por meio da adoção destas na Lei da Ação Civil Pública (artigo 1º, IV) e na Constituição Federal de 88 (artigo 129, III).

Todavia, o uso de tais expressões sempre foi (e ainda é) motivo de discussões, tendo em vista o seu caráter extremamente ambíguo e equívoco, como ressalta Andrea Proto Pisani:

...Cosa sia poi questa figura dell'interesse collettivo, come essa si distingua o interferisca con gli interessi pubblici generali, con le figure del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, è tuttora estremamente oscuro, così come è ancora poco chiaro se le due espressioni interessi collettivi e interessi diffusi siano adoperate come sinonimo o no⁹.

O ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Lei nº 8078/90 (artigo 81, incisos I, II e III), passou a adotar como sinônimas as expressões interesses e direitos. Ademais, deve-se ressaltar que os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos mantêm a mesma tática, referindo-se a interesses ou direitos indistintamente.

Daí se infere, pois, que o legislador, alertado sobre o possível reducionismo advindo da utilização da expressão “interesses” ao invés de “direitos”, optou por uma solução conciliatória que acabou prestigiando ambas, tornando-as equivalentes para fins de tutela jurisdicional.

Aliás, para além da expressa qualificação legal das pretensões transindividuais como autênticos direitos subjetivos, não há praticamente serventia em se fazer eventuais distinções conceituais, principalmente pelo fato de que sob o prisma constitucional da prestação

⁷ ALVIM, José Manuel de Arruda. A ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (coord.) et al. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 76.

⁸ VENTURI, Elton, op. cit., p. 46.

⁹ PROTO PISANI, Andrea. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Pádua: CEDAM, 1976 apud VENTURI, Elton, op. cit., p. 46.

jurisdicional, são tuteláveis pelo Poder Judiciário brasileiro, de forma indistinta, tanto os interesses quanto os direitos subjetivos¹⁰.

Nos dizeres de Elton Venturi

Pragmaticamente, a única razão para ainda se estabelecer uma discussão científica em torno da distinção de categorias, seria a de aprimorar a prestação jurisdicional, incentivando-se uma ampliação do espectro objetivo de incidência do controle jurisdicional, precisamente em consonância com o disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal¹¹.

Impende salientar, ademais, que a adoção literal das mencionadas distinções pode conduzir a verdadeiro excesso terminológico apto a amesquinhar a prestação jurisdicional, a exemplo do que demonstra decisão exarada pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, a pretexto de diferenciar interesses de direitos, negou-se a processar ação de mandado de segurança sob a premissa de não serem tuteláveis os chamados direitos reflexos, quais sejam, os interesses simples ou legítimos¹².

Consoante preleciona José Luis Bolzan de Moraes, o termo “direito” é utilizado pela doutrina clássica, influenciada pelo que dito autor chama de liberalismo “atomizado”, apenas nos casos em que o interesse juridicamente tutelado pertencer a um sujeito perfeitamente determinável. Isto porque o direito corresponderia a um fato juridicamente definido, havendo, ainda, titularidade, sujeito e objeto perfeitamente definidos, identificando-se com a noção de direito subjetivo¹³.

Quanto a este, vale destacar o exemplo citado por Caio Mário da Silva Pereira. Com efeito, diante da norma, há a obrigatoriedade, imposta a todos (direito objetivo), de respeito à propriedade. Surge, assim, em correlação, o direito subjetivo, que contém o poder de ação inserto na norma: a faculdade de exercer, em favor do indivíduo, a ordem estatal. Em razão disso é que o proprietário tem o direito de repelir a agressão à coisa¹⁴.

Constata-se, destarte, que o entendimento corrente era de que o emprego do termo direito só era aceitável nos casos em que se conjugassem dois elementos, quais sejam: a) desde que fosse existente a proteção judicial de um interesse; e b) que o titular desse interesse juridicamente protegido fosse um sujeito determinado – o indivíduo –, consoante terminologia adotada pela doutrina clássica¹⁵.

¹⁰ VENTURI, Elton, op. cit., p. 48.

¹¹ Id. Ibid., p. 48.

¹² STJ - RMS 7162-AM, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 25.11.1996, p. 46.146.

¹³ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 109.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. vol. 1. p.11.

¹⁵ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Publica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.43.

José Marcelo Menezes Vigliar, por seu turno, opta pela expressão “interesses”, ressaltando que não o faz pelo simples fato de aderir confortavelmente à doutrina majoritária. Em verdade, tal doutrinador entende que a expressão direitos traz uma grande carga de individualismo, fruto da tradição acadêmica pátria, sempre tendente a associar a defesa de direitos por intermédio do emprego de ações. Tal perspectiva acaba por colocar o processo civil a serviço do autor, ou seja, daquele que afirma a posição favorável a partir do ordenamento jurídico¹⁶.

No mesmo sentido de José Marcelo Menezes Vigliar, Paulo de Tarso Brandão, que entende constituir inutilidade insistir-se na exata diferenciação entre interesse e direito para a defesa dos direitos transindividuais. Para o autor, o que importa verdadeiramente é a defesa efetiva dessa modalidade de interesses. Além disso, pelo simples fato da lei proteger interesses transindividuais, eles se transmutam em direitos, o que torna as expressões sinônimas¹⁷.

Aliás, caso se adotasse o posicionamento trazido pela doutrina clássica, chegar-se-ia a uma conclusão teratológica: tais interesses jamais seriam alcançariam o *status* de direitos, na medida em que se trata da proteção de interesses notadamente indeterminados e não individualizados.

Antonio Gidi refuta a “teoria” que defende a impossibilidade de se atribuir subjetividade jurídica – direito subjetivo – aos interesses transindividuais, juridicamente protegidos. Refere-se, então, a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos¹⁸.

José Luis Bolzan de Moraes, nesta ordem de idéias, atesta que não se justifica a negação do caráter subjetivo aos interesses transindividuais, falando, inclusive, em um direito subjetivo difuso, em que realiza a adequação da antiga conceituação liberal à problemática atual, representada pelos interesses que transcendem a esfera individual. Não se trata, destarte, de direito subjetivo restrito aos indivíduos isoladamente considerados, mas em uma nova dimensão, de direito subjetivo pertencente a todos¹⁹.

Ainda quanto à impropriedade de se conferir proteção apenas a direitos subjetivos, em detrimento dos transindividuais, Ada Pellegrini Grinover critica a redação dada pelo Constituinte Originário de 1967 ao § 4º do artigo 150 – conservada pelo reformador de 1969 e mantida na Emenda 7 à Constituição de 1967 –, que estabelecia a impossibilidade de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, sendo que

¹⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 58.

¹⁷ BRANDAO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 100-101.

¹⁸ GIDI, Antonio, op. cit., p.17-18.

¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de, op.cit., p. 110-111.

somente em hipóteses previstas na Lei do Mandado de Segurança e na Lei da Ação Popular, de modo casuístico, o legislador timidamente tutelava interesses transindividuais legítimos²⁰.

Kazuo Watanabe, seguindo tal raciocínio, assevera que por longo período os chamados interesses transindividuais não tiveram a devida proteção jurídica, corroborando tudo quanto anteriormente exposto, no sentido de que se atribuía e correlacionava o direito subjetivo ao titular determinado ou determinável do direito evocado²¹. A evolução doutrinária, com a distinção entre interesse simples e interesse legítimo permitiu o avanço no sentido de se tutelar juridicamente estes últimos. Por fim, o entendimento contemporâneo no sentido de que a conceituação de direito subjetivo abraça também os interesses transindividuais, torna perfeitamente possível sua proteção jurídica.

Assim, aceitando-se a tendência moderna de as doutrinas pátria e alienígena tutelarem juridicamente os interesses transindividuais, atribui-se a tais interesses o *status* de direitos subjetivos transindividuais.

A sociedade moderna, muito mais complexa e ideologicamente diferenciada em relação à sociedade individualista de outrora, vem conduzindo, inevitavelmente o direito às novas realidades, evitando-se, destarte, um descompasso entre esse e o bem da vida tutelado.

Com base nesta concepção, o legislador, conforme adredemente aduzido, expressamente estabeleceu que a defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores será exercida quando se tratar de interesses ou direitos: difusos, coletivos e individuais homogêneos, utilizando-se as duas terminologias de forma indistinta. Corroborando o exposto, Kazuo Watanabe observa que os termos foram utilizados como sinônimos, sendo certo que a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os interesses assumem o mesmo *status* de direitos, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles²².

José Carlos Barbosa Moreira observa que referida diferenciação pode ser, em tese, relevante sob o ponto de vista teórico, porém nem tanto sob o ponto de vista prático. Havendo necessidade de assegurar aos titulares proteção jurisdicional eficaz, não importará saber a que título se lhes conferirá tal proteção²³. Daí se infere, pois, que releva a preocupação com a efetividade e a certeza da proteção jurisdicional, na medida em que o interesse, desde que

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 43.

²¹ WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.500-501.

²² Id. *Ibid.*, p. 500.

²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 113-114.

juridicamente protegido, assumiria o *status* de direito, desaparecendo qualquer razão prática para diferenciá-los.

A título ilustrativo saliente-se que, no direito italiano, a distinção tem interesse prático, ao reverso do que ocorre no ordenamento jurídico pátrio. Naquele país, compete ao Poder Judiciário tratar apenas de direitos, ao passo em que ao contencioso administrativo é reservada a tutela de interesses²⁴.

Portanto, perante o legislador brasileiro, “interesses” difusos e “direitos” difusos são idênticos. O artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, sedimentou esse entendimento amplo do termo direito, dizendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não mais restringindo sua amplitude, como faziam as constituições anteriores (1946, 1967 e 1969), ao direito individual.

Por fim, corroborando o pensamento de Antonio Gidi, José Luis Bolzan de Moraes, Calmon de Passos, dentre outros, nesta dissertação será utilizada preferencialmente a terminologia direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Ainda quanto à nomenclatura, insta salientar que a doutrina nomeia os direitos em questão, indistintamente, como transindividuais ou metaindividuais.

Hugo Nigro Mazzilli entende preferível, em termos de rigor gramatical, a expressão transindividual, porque é neologismo formado com prefixo e radical latinos, diversamente do termo metaindividual, o qual, híbrido, soma prefixo grego e radical latino. Porém, verdadeiramente, doutrina e jurisprudência têm usado indistintamente ambos os termos para referir-se a interesses de grupos, ou a interesses coletivos, em sentido lato²⁵.

Todavia, há quem diferencie direitos transindividuais de direitos metaindividuais, entendendo aqueles como os que ultrapassam os direitos dos indivíduos e estes os que representam interesses fora dos individualmente considerados. Assim, para os que pensam desta maneira, transindividuais seriam os direitos individuais homogêneos enquanto os metaindividuais seriam os direitos difusos e coletivos em face de sua indivisibilidade²⁶.

Com o fito de atender a critérios de rigor terminológico e em decorrência do fato de esposarmos o entendimento de Mazzilli, no presente trabalho monográfico utilizaremos preferencialmente a expressão direitos transindividuais.

²⁴ LENZA, Pedro, op. cit., p.50.

²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

²⁶ ALMEIDA, Renato Franco de; GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. *A competência nas ações coletivas do CDC*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 245, 9 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4826>>. Acesso em 17 jun. 2007.

2.2 CONCEPÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E SUA RAZÃO DE SER

Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que a natureza humana aspira ao coletivo, tende ao grupo²⁷. Com efeito, a noção segundo a qual a conjugação de esforços com fulcro a realização de determinados objetivos afeiçoa-se mais inteligente e produtiva remonta à existência do ser humano social, diga-se, à época em que os homens passaram a viver em comunidades mais ou menos organizadas, direcionadas à realização de fins individuais e coletivos simultaneamente²⁸.

Da vida comunitária, pois, começaram a aflorar naturalmente pretensões relacionadas ao corpo social, a todos os indivíduos concebidos não mais isoladamente, mas sim como partes integrantes de um complexo sistema de inter relações que se destinavam, em última análise, ao alcance da melhor harmonia e bem estar.

Conclui-se, assim, que a mais remota concepção da expressão direitos transindividuais, pode facilmente ser extraída a partir de uma análise sociológica ou filosófica, independentemente até de qualquer discurso jurídico.

Indiscutivelmente, o florescimento dos direitos transindividuais antecedeu o surgimento da chamada sociedade de massa, porém, em decorrência dela, ou seja, do incremento quantitativo e qualitativo das lesões provocadas pelas profundas alterações no modo de ser das relações sociais, exsurge propriamente a preocupação relativa à busca de formas adequadas para sua proteção jurisdicional, levando-se em consideração o absoluto despreparo dos sistemas processuais, até então vocacionados a atender pretensões de natureza tipicamente individual²⁹.

Assim, aduz Elton Venturi ser imprescindível se adequarem as noções filosóficas e sociológicas de direitos difusos ou coletivos ao discurso jurídico, com o escopo de viabilizar um sistema de tutela estatal inovador, cujo principal desafio diz respeito à superação da ideologia individualista em torno da qual tanto os direitos subjetivos quanto os procedimentos jurisdicionais foram concebidos³⁰.

Dentre os sistemas jurídicos que despertaram para os novos objetos da tutela jurisdicional, destaca-se o brasileiro, que optou expressamente por conceituá-los mediante o emprego das expressões direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 38.

²⁸ VENTURI, Elton, op. cit., p. 42.

²⁹ Id. Ibid., p. 43.

³⁰ Id. Ibid., p. 43.

A conceituação legal dos novos direitos passíveis de proteção por meio das ações coletivas foi realizada pelo artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, fortemente influenciada pela evolução da doutrina nacional e estrangeira, especialmente o direito italiano e norte americano, e que almejou destacar as características mais notórias das pretensões tuteladas, no sentido de se atingir uma ampliação ou redimensionamento das técnicas de tutela individual³¹.

Com efeito, impende salientar que não se revela razoável atrelar a admissão da tutela jurisdicional coletiva a um rígido enquadramento das pretensões deduzidas em juízo aos esboços conceituais formulados pelo legislador brasileiro. Enfim, a expressa referência legal à caracterização dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos deve fomentar, e não inviabilizar, o acesso à justiça pela via coletiva.

2.3 DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM ESPÉCIE

O problema da efetividade da tutela jurisdicional dos direitos transindividuais não se resume a serem qualificados como interesses ou direitos subjetivos.

No tratamento doutrinário dos direitos transindividuais sempre foram empregadas ao menos duas expressões para identificá-los, quais sejam: interesses difusos e interesses coletivos, ora usadas como sinônimas, ora como categorias distintas.

Mauro Cappelletti se utilizava de ambas as expressões de forma sinônima ao enunciar o surgimento dos direitos transindividuais³². Entrementes, apesar das citadas concepções revelarem a natureza transindividual destes novos direitos, a indeterminabilidade dos titulares das pretensões difusas, cotejada com a determinabilidade dos titulares das pretensões coletivas, acabou por tornar possível verdadeira tipificação dos direitos transindividuais.

Ressalte-se que no ordenamento jurídico brasileiro, houve uma primeira referência genérica à tutela dos interesses difusos ou coletivos, insculpida no artigo 1º, IV da Lei de Ação Civil Pública. Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor, aperfeiçoou a tipificação dos chamados novos direitos, agregando-lhes a categoria dos direitos individuais homogêneos, fornecendo-lhes regimes específicos no tocante à legitimação para agir, ao procedimento judicial e à formação e extensão da coisa julgada. Daí depreende-se a importância científica e prática de se distinguir adequadamente uns dos outros³³.

³¹ VENTURI, Elton, op. cit., p. 44.

³² CAPPELLETTI, Mauro. *Le azioni a tutela di interessi collettivi* apud VENTURI, Elton, op. cit., p. 50.

³³ VENTURI, Elton, op. cit., p. 50.

2.3.1 Direitos Difusos

Os direitos difusos, espécie do gênero direitos transindividuais, pertencentes aos doutrinariamente chamados novos direitos, não devem ser assim compreendidos no sentido de que tenham nascido contemporaneamente mediante a expressa referência constitucional à proteção do meio ambiente, da saúde, dos consumidores, enfim, de toda e qualquer pretensão relacionada à qualidade de vida, tendo em vista que, como interesses, sempre existiram no plano da existência/utilidade, dispersos no contexto social em função da inexistência de vínculos formais e rígidos entre seus titulares. Ademais, a tal fluidez pode ser atribuída grande parte da responsabilidade pela ausência da representação das pretensões difusas em juízo, na medida em que ninguém, com exclusividade, poderia apresentar-se legitimamente como habilitado a tutelá-las, inserto num modelo situado num contexto histórico absolutamente individualista³⁴.

Consoante expressa Rodolfo de Camargo Mancuso, “*caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço*”³⁵.

Os estudos empreendidos no início do século passado a respeito da evolução dos direitos difusos, especialmente as obras de Emilio Bonaudi (*La tutela degli interessi collettivi*) e Ugo Ferrone (*Il processo civili moderno- Fondamento, progresso e avvenire*), publicadas em 1911 e 1912, respectivamente, demonstram que o atraso no reconhecimento da sua existência e, conseqüentemente, da viabilidade de sua tutela jurisdicional, decorreu menos da ausência de consciência dos integrantes da comunidade quanto às aspirações comuns e mais propriamente da carência de efetiva representatividade em face da estrutura de poder que se resumia, até meados do século XIX, à já então anacrônica dicotomia entre público e privado, em que já não encontravam lugar os direitos transindividuais³⁶.

Com efeito, a partir da relativização da ideologia individualista e da superação da *summa divisio* entre público e privado que os direitos difusos encontraram o terreno fértil para seu desenvolvimento, mediante o reconhecimento da legitimação dos chamados corpos intermediários, personificados pelos sindicatos, associações de classe, Ministério Público, Administração Pública, dentre outros³⁷.

³⁴ VENTURI, Elton, op. cit., p. 51.

³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 150.

³⁶ VENTURI, Elton, op. cit., p. 52.

³⁷ Id. Ibid., p. 52.

No Brasil, antes da edição da Lei da Ação Civil Pública, que habilitou as entidades mencionadas no parágrafo anterior à promoção da defesa dos direitos transindividuais, confiou-se ao cidadão tal atribuição, por meio da ação popular, prevista constitucionalmente desde 1937 e implementada ordinariamente pela Lei nº 4717/1965, sendo verdadeiramente o instrumento pioneiro na tutela dos direitos transindividuais no país³⁸.

A sociedade de massa trouxe novos fenômenos, sociais e jurídicos, que não poderiam ser resolvidos a partir do arcabouço jurídico vigente, cujo fundamento principal é a proteção individual³⁹. Dentro deste panorama, Mauro Capelletti já havia formulado a seguinte indagação: “*A quem pertence o ar que respiro?*”⁴⁰. Passou-se, a partir de então, a se discutir a noção de direitos difusos.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor trouxe o conceito legal de direitos difusos: *são os interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*⁴¹.

Consoante expõe Kazuo Watanabe na conceituação dos direitos difusos, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência de relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo⁴².

A formulação legal do conceito de direitos difusos deve ser compreendida como contribuição de natureza político-ideológica, na medida em que definitivamente assentou sua equiparação à figura do direito subjetivo. Ademais, o efetivo mérito da legislação consumerista consiste na determinação, pelo artigo 83, da viabilidade de tutelas tanto preventivas quanto repressivas referentes à sua violação, aspiração esta, há muito perseguida por Mauro Cappelletti, ao ressaltar a insuficiência da tutela repressiva⁴³.

As características mencionadas pela legislação brasileira são de lógica apreensão.

A transindividualidade, na hipótese dos direitos difusos, indica que não é possível excluir quem quer que seja da titularidade desta pretensão, em decorrência da existência de um processo absolutamente inclusivo, decorrente de sua essência extrapatrimonial, relacionada com a qualidade de vida.

Vale dizer, ademais, que não se concentra a titularidade da pretensão indivisível em torno de agrupamentos sociais identificáveis como classes ou categorias, justamente porque

³⁸ VENTURI, Elton, op. cit., p. 52.

³⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio, *Tutela Penal dos Interesses Difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p.22.

⁴⁰ CAPELLETTI, Mauro, op.cit., p. 135.

⁴¹ Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único, I.

⁴² WATANABE, Kazuo. op. cit., p. 624.

⁴³ CAPELLETTI, Mauro, op.cit. apud VENTURI, Elton, op. cit., p. 53.

sua origem é meramente circunstancial e fática, não derivando de relações formais entre seus titulares que, em última análise, devem ser concebidos como todos os indivíduos.

A indivisibilidade relaciona-se com a própria natureza da pretensão, cuja fruição deve se dar de forma indistinta entre todos os seus titulares. Não é por outro motivo, que o artigo 103, I, do Código de Defesa do Consumidor, prevê a eficácia *erga omnes* da sentença de procedência, pois, logicamente o resultado da tutela dos direitos difusos deve aproveitar a todos, sem distinção.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, “*os direitos difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos*”⁴⁴.

Na visão de Fabio Konder Comparato, a Revolução Industrial foi o ponto de partida para uma transformação radical da sociedade, caracterizada agora pela produção em série e pelo consumo em massa, o que faz com que o ente estatal tenha que se adaptar a estas novas funções, mudando seu eixo de atuação da legislação para a administração, da aplicação pura e sistemática do direito para a elaboração e execução de planos de ação⁴⁵.

Daí o surgimento da chamada conflituosidade de massa, que acentua o caráter transindividual dos conflitos de interesses que passam a existir⁴⁶.

Os chamados direitos difusos constituem, assim, uma categoria diferenciada dos tradicionais (e insuficientes) direitos individuais, merecendo tratamento normativo diverso e de acordo com sua essência: a transindividualidade.

Há de se frisar, nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, que há direitos difusos:

a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (meio ambiente); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com os interesses da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os decorrentes da poluição sonora causada pelos chamados trios elétricos carnavalescos⁴⁷).

⁴⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 46.

⁴⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Novas funções judiciais do Estado moderno*. RT, São Paulo, 614/14-22, 1986.

⁴⁶ CAPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla Giustizia Civile*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, nº 30. Pádua: Cedam, 1975, p.361-402 apud SMANIO, op. cit., p. 23.

⁴⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., 46.

Conforme sobredito, o direito difuso pode se caracterizar por larga área de conflituosidade, razão pela qual os procedimentos e a estrutura tradicionais mostram-se inadequados e insuficientes.

Não bastasse isso, suas características básicas os diferem visceralmente dos tradicionais direitos subjetivos individuais, o que reforça a idéia de que devem ter tratamento próprio. Rodolfo de Camargo Mancuso aponta como características dos direitos difusos a indeterminação dos sujeitos; a indivisibilidade do objeto; a intensa conflituosidade; sua duração efêmera e contingencial⁴⁸.

Lucia Valle Figueiredo, por seu turno, afirma que os direitos difusos se caracterizam por sua indeterminabilidade, indivisibilidade e indisponibilidade, sendo que seu exercício se dá, normalmente, pelas associações com fins institucionais adequados, partidos políticos e Ministério Público⁴⁹.

Tratando sobre as peculiaridades dos direitos difusos, Ada Pellegrini Grinover entende que estes compreendem interesses que não encontram apoio em uma relação base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores genéricos, como, por exemplo, habitar a mesma região, consumir o mesmo produto etc. Trata-se de interesses espalhados e informais, que se prestam à tutela de necessidades, sinteticamente referidas à qualidade de vida. Essas necessidades e interesses de massa sofrem constantes investidas, freqüentemente também de massas, contrapondo grupo *versus* grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos⁵⁰.

Assim, intensa conflituosidade marca definitivamente os direitos difusos, contrapondo, destarte, interesses de massa, de grupos sociais, que se encontram em ambos os pólos da desavença. Os litígios passam a ter, então, um viés de escolha política dentro das posições sociais em que estão os envolvidos. Cite-se, por exemplo, a construção de um parque aquático dentro de área de mananciais, o que pode conflitar com a manutenção do meio ambiente sadio.

No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira entende os direitos difusos como aqueles comuns a uma coletividade de pessoas, para as quais se deseja a tutela jurisdicional, e que não repousam necessariamente sobre um vínculo jurídico bem definido. Tal vínculo pode até existir, ou ser extremamente genérico. Ademais, o interesse que se quer proteger se prende a dados fáticos, muitas vezes acidentais e mutáveis. Com efeito, o conjunto dos interessados

⁴⁸ MANCUSO. Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 79.

⁴⁹ FIGUEIREDO. Lucia Valle. *Direitos Difusos e Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 18.

⁵⁰ GRINOVER. Ada Pellegrini, op. cit., p. 30-31.

apresenta contornos fluidos, móveis, a tornar impossível, ou ao menos demasiadamente difícil, a individualização exata de todos os componentes⁵¹.

Gianpaolo Poggio Smanio, considerando o marcante caráter de transindividualidade dos direitos difusos, os define como:

Aqueles interesses metaindividuais, essencialmente indivisíveis, em que há uma comunhão de que participam todos os interessados, que se prendem a dados de fato, mutáveis, acidentais, de forma que a satisfação de um deles importa na satisfação de todos e a lesão do interesse importa na lesão a todos os interessados, indistintamente⁵².

Portanto, a proteção dos direitos difusos não ocorre em função de vínculos jurídicos preestabelecidos. Identicamente, a indivisibilidade não decorre de relações jurídicas, mas da própria natureza dos interesses, de forma que não é possível que exista a satisfação de apenas *alguns* dos interessados, mas sim da integralidade destes, consoante explicitado anteriormente.

A justificativa para o advento dos direitos difusos é que a tutela dos interesses/direitos já não pode mais estar baseada em sua titularidade, mas sim em sua relevância social. Nos direitos difusos, a relação de titularidade entre o interesse e uma pessoa determinada não existe. Não há possibilidade de apropriação do objeto tutelado por sujeito determinado, referindo-se o interesse difuso a uma série indeterminada de sujeitos.

Ademais, a circunstância de os direitos difusos derivarem de situações de fato os torna mutáveis, ao sabor das próprias situações vivenciadas, de acordo com a complexidade das relações sociais e dos conflitos existentes. Exemplificando, basta notar as questões polêmicas levantadas pelos alimentos transgênicos, que colocam em confronto, de um lado, agricultores, fabricantes e empregados e, de outro, ambientalistas, cientistas, enfim, toda a comunidade envolvida direta ou indiretamente nesta questão.

Por derradeiro, há de se salientar, quanto aos direitos difusos, que sua referida natureza mutável faz com que sejam irreparáveis as lesões em termos substanciais. Logo, uma vez lesionado dito direito, a reparação não poderá ser integral, porquanto não se trata de valores fungíveis. O dano, no mais das vezes, será irreversível. A reparação será meramente formal, uma vez que não é possível o retorno ao *status quo ante*, o que reforça a idéia da precaução e prevenção dos danos aos direitos difusos, como meta prioritária⁵³.

⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, op. cit., p.112-113.

⁵² SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit., p.25.

⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 90.

2.3.2 Direitos Coletivos

A expressão direitos coletivos, em sentido *lato*, se refere a direitos transindividuais, de grupos, de classes ou categorias de pessoas. Justamente nessa acepção abrangente é que a Constituição Federal de 1988 se referiu a direitos coletivos, em seu Título II, ou a interesses coletivos, em seu artigo 129, III. Ademais, é justamente nesse sentido que o próprio Código de Defesa do Consumidor disciplina a ação coletiva, que se presta não só à defesa de direitos coletivos em sentido estrito, bem como à defesa de direitos e interesses difusos e individuais homogêneos.

Ademais, ao mesmo tempo em que se admite esse conceito amplo de direitos coletivos, o Código de Defesa do Consumidor introduziu também um conceito mais restrito de interesses/direitos coletivos, senão vejamos: “*coletivos, em sentido estrito, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum*⁵⁴”.

Tanto direitos difusos quanto coletivos são indivisíveis, porém distinguem-se precipuamente pela origem: os difusos pressupõem titulares indetermináveis, ligados entre si por circunstâncias fáticas, enquanto os direitos coletivos dizem respeito a um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas por uma relação jurídica base⁵⁵.

Com efeito, Rodolfo de Camargo Mancuso aduz não haver uma diferença de natureza entre esses dois tipos de direitos, já que ambos integram o gênero transindividual; porém, a particularidade existente está em que um direito difuso pode tornar-se coletivo se e quando estiver revestido do grau de definição, coesão e organização destes últimos⁵⁶.

Os direitos coletivos são transindividuais pelo fato de serem comuns a uma coletividade de pessoas determinada de acordo com o vínculo jurídico que a distingue⁵⁷.

Rodolfo de Camargo Mancuso elenca três requisitos para que um determinado interesse possa ser considerado coletivo:

- a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias;
- b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*);
- c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada⁵⁸.

⁵⁴ Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único, II.

⁵⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., 48.

⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 147.

⁵⁷ SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit., p.20.

⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 55.

Nos direitos coletivos em sentido estrito, os titulares são indeterminados, mas determináveis e estão ligados entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base.

Assim, a agregação dos direitos coletivos em torno de certos corpos sociais identificáveis, contraposta à fluidez dos direitos difusos, esparsos na comunidade idealmente considerada, implica a forma de elas se expressarem, na medida em que se revelam dependentes de uma coordenação representativa em prol de sua proteção estatal⁵⁹.

Ademais, impende ressaltar que a ligação que une determinados indivíduos em torno da pretensão coletiva, na hipótese de caracterização dos direitos coletivos, a denominada relação jurídica-base, deve ser preexistente aos fatos que potencialmente os prejudiquem, ou seja, verifica-se anteriormente à ocorrência de lesão ou ameaça de lesão do direito do grupo, categoria ou classe. Entrementes, tal ligação deve ser compreendida sob uma perspectiva substancial, ou seja, a relação que une os integrantes do mesmo grupo, classe ou categoria se estabelece em torno de uma relação material comum⁶⁰.

Todavia, se a ligação dos indivíduos decorrer circunstancialmente da lesão ou ameaça de lesão infligidas por evento que os atinja de forma homogênea, estaremos, então, diante de direitos individuais homogêneos, consoante se verá adiante.

Os direitos coletivos não são passíveis de cisão, posto que a pretensão transindividual não decorre da soma dos interesses individuais de cada integrante do grupo, mas sim de sua síntese.

Corroborando o exposto, as pretensões genuinamente coletivas não podem ser identificáveis em relação apenas a alguns membros da classe, pois são comuns a toda categoria, grupo ou classe social (v.g.; dos trabalhadores de determinado ramo produtivo, dos pais e alunos dos sistema de ensino fundamental de certo Município, dos usuários de determinado plano de saúde). Daí deriva a natureza indivisível da pretensão coletiva.

Ressalte-se que, embora as entidades de classe sejam essenciais para a coordenação e a promoção da proteção judicial e extrajudicial dos direitos coletivos, a elas não é conferida, todavia, a sua titularidade, razão pela qual é vedada qualquer restrição na extensão dos benefícios dos provimentos judiciais a todos os integrantes do grupo, classe ou categoria, independentemente do fato de se encontrarem, ao momento da interposição da ação coletiva, formalmente a elas vinculados ou não⁶¹.

⁵⁹ VENTURI, Elton, op.cit, p. 56.

⁶⁰ Id. Ibid., p. 57.

⁶¹ Id. Ibid., p. 58.

Na esteira do anteriormente exposto, cabe frisar que a entidade associativa tem apenas a responsabilidade de coordenar judicialmente os interesses do grupo, classe ou categoria, porém não tem o poder de criar os seus integrantes.

Assim, os componentes de uma determinada coletividade não são identificáveis em função do vínculo associativo ou sindical que as reúna, mas sim em função do enquadramento de cada um no regime jurídico próprio, comum e indivisível da pretensão coletiva. Apenas a título de argumentação, a Constituição Federal brasileira de 1988 em seu artigo 5º, incisos XVII e XX, dispõe acerca da liberdade de associação e a proibição da obrigatoriedade em associar-se.

Em síntese, nenhum membro de agrupamento social perfeitamente identificável pela referibilidade de determinada pretensão coletiva pode ser excluído da tutela jurisdicional coletivamente empreendida pelas entidades legitimadas, mesmo que a elas não esteja formalmente ligado, pela seguinte razão: a natureza da pretensão coletiva é, identicamente aos direitos difusos, essencialmente indivisível, sendo incompatível um tratamento distinto empregado em relação a qualquer dos integrantes do grupo, classe ou categoria, verdadeiros co-titulares do direito coletivo⁶².

O Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer o regime da extensão subjetiva do julgamento nas ações coletivas, emprega a expressão *ultra partes* para se referir à repercussão indivisível e abrangente da tutela jurisdicional a todos os titulares da pretensão coletiva, nos termos do artigo 103, II do diploma consumerista.

Destarte, nota-se que a correta compreensão desta categoria de direitos transindividuais é imprescindível para que não ocorram restrições indevidas à sua proteção, como, por exemplo, se dá em alguns julgados que insistem em vincular os benefícios de provimentos de procedência de pretensões coletivas à comprovada ligação formal do indivíduo à entidade autora da ação e à comprovação de fixação de domicílio do autor substituído nos limites da competência territorial do órgão jurisdicional prolator.

Consoante garante a Constituição Federal, um trabalhador da construção civil que optar por não se sindicalizar a uma associação de classe, não perde a qualidade de co-titular às pretensões substanciais que são naturalmente inerentes às respectivas categorias, identificáveis, repita-se, pelo interesse essencialmente transindividual e não pela verificação de quem são os associados ou sindicalizados da entidade autora⁶³.

⁶² VENTURI, Elton, op.cit., p. 58.

⁶³ Id. Ibid., p. 60.

Ademais, não há explicação razoável sob o ponto de vista da lógica ou da técnica jurídica para o fato de um benefício obtido por via da tutela coletiva para um determinado grupo, classe ou categoria depender de qualquer outro pressuposto que não a demonstração do enquadramento do indivíduo na mesma situação jurídica tutelada.

Importante ressaltar, igualmente, que a inadequada compreensão da natureza da legitimação ativa das entidades de classe, é causa de grandes desacertos na seara coletiva. A uma, a atuação de tais entidades pode se operacionalizar por via da representação, e mediante expressa autorização dos interessados formalmente ligados à entidade sindical autora, propondo, em nome próprio, ação individual na defesa da pretensão dos representados, ainda que não comuns a toda classe. A duas, estão autorizadas, outrossim, a defender mediante ação coletiva e independentemente de autorização, os direitos transindividuais de que sejam titulares não só seus filiados, mas toda coletividade, grupo ou classe envolvida, não ocorrendo, destarte, o fenômeno da representação, mas sim o da legitimação autônoma para a condução da ação coletiva⁶⁴.

Por fim, colacionam-se, a título ilustrativo, duas hipóteses em que é possível a tutela jurisdicional de direitos coletivos *stricto sensu*, quais sejam: 1ª) o aumento ilegal nas prestações de um consórcio: o aumento não será mais ou menos ilegal para um ou para outro consorciado. A declaração de ilegalidade produzirá efeitos para o todo, sendo, portanto, indivisível, internamente, o direito da coletividade; 2ª) o aumento abusivo das mensalidades dos planos de saúde, relativamente aos contratantes que já firmaram contratos, pelos mesmos motivos expostos no item precedente.

2.3.3 Direitos Individuais Homogêneos

Os direitos individuais homogêneos estão conceituados no artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, como aqueles decorrentes de origem comum, que podem ter tutela coletiva.

A grande dificuldade oposta ao entendimento dos direitos individuais homogêneos deve-se ao fato de que, verdadeiramente, tal categoria pode ser considerada artifício legislativo destinado à facilitação da tutela processual, e sujeita, portanto, a compreensões mais ou menos abrangentes, liberais ou restritivas, a depender da própria concepção que o

⁶⁴ VENTURI, Elton, op.cit., p. 61.

operador do direito tenha do fenômeno relacionado ao acesso à justiça e dos obstáculos que o cercam⁶⁵.

Os direitos individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato.

A fim de detalhar o conceito legal trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se que, pelo aspecto subjetivo, os direitos individuais homogêneos têm como titulares pessoas individualizadas, que também podem ser indeterminadas, porém determináveis sem nenhuma dificuldade. No tocante ao aspecto objetivo e pelo caráter notadamente individualizado, são eles sem dúvida divisíveis e distinguíveis entre seus titulares. Ademais, sob o aspecto de sua origem, possuem origem comum. Impende ressaltar, ainda, que justamente neste ponto é que há semelhança entre os direitos individuais homogêneos e os direitos difusos, tendo em vista que ambas nascem ligadas pelas mesmas circunstâncias de fato, inobstante o fato de serem totalmente distinguíveis quanto à titularidade e o objeto⁶⁶.

Antônio Gidi, dissertando sobre a questão aventada acima, preleciona que situações hoje facilmente identificadas como de direitos individuais homogêneos eram de certa forma incluídas na esfera de abrangência dos direitos difusos pela doutrina anterior ao Código de Defesa do Consumidor. Esclarece o autor que a diferença mais marcante entre ambas as espécies é justamente a divisibilidade do direito individual homogêneo⁶⁷.

Importante salientar que para o mesmo autor os direitos individuais homogêneos são uma ficção legal criada pelo ordenamento jurídico pátrio, com o fito de possibilitar a proteção coletiva de direitos individuais, com dimensão coletiva, visto que, se não houvesse a expressa previsão em lei, não seria possível a tutela desses direitos⁶⁸.

São considerados direitos acidentalmente coletivos e recebem o tratamento processual coletivo, daí serem designados de acidentalmente coletivos, pois se constituem de vários direitos individuais homogeneamente considerados, ligados pela origem comum.

Kazuo Watanabe assevera que origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. Por exemplo, as vítimas de uma publicidade enganosa veiculada

⁶⁵ VENTURI, Elton, op.cit., p. 61.

⁶⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo: um novo ramo de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 491.

⁶⁷ GIDI, Antonio, op. cit., p. 25.

⁶⁸ Id. Ibid., p. 30.

por órgãos de imprensa em repetidos dias, têm como causa de danos fatos com homogeneidade tal que os tornam a origem comum de todos eles⁶⁹.

Com efeito, sobre a caracterização dos direitos individuais homogêneos, pairam dúvidas acerca de certos aspectos, como, por exemplo, quanto à sua natureza jurídica, à necessidade ou não de um número mínimo de lesados pela origem comum (critério quantitativo), ou à qualidade dos direitos individuais reunidos em função da homogeneidade.

Quanto à natureza jurídica, impende ressaltar que trataremos do tema de forma minuciosa em item específico, mas, a título de ilustração, há quem os compreenda como modalidade peculiar de direitos difusos ou coletivos.

Hugo Nigro Mazzilli entende que, em sentido lato, os direitos individuais homogêneos não deixam de ser também direitos coletivos, ao passo que autores como Teori Albino Zavascki, os consideram direitos individuais coletivamente tutelados.

No tocante a homogeneidade, se entende que não se trata de sinônimo de igualdade, mas sim de afinidade. Direitos homogêneos não direitos iguais, mas similares. Neles é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, elementos característicos, o que os individualiza (margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade decorre da circunstância de serem direitos com origem comum, e a margem de heterogeneidade está relacionada a circunstâncias variadas, notadamente a situações de fato, próprias do titular⁷⁰.

⁶⁹ WATANABE, Kazuo et al, op. cit., p. 629.

⁷⁰ ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2007, p. 160.

3. TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

3.1 INTRODUÇÃO

A Revolução Industrial, iniciada em meados do século XVIII, causou profundas mudanças na sociedade, especialmente o surgimento da denominada sociedade de massa, que trouxe, em seu âmago, inúmeros conflitos sociais.

A nova ordem social implantada apontou a necessidade de reestruturação das regras do direito positivo vigente, tanto no aspecto material quanto processual, tendo em vista especialmente a alteração da prestação jurisdicional, que passaria a enfrentar conflitos entre direitos transindividuais, sem prejuízo das lides individuais⁷¹.

A partir da constatação de que os instrumentos processuais até então existentes eram adequados apenas para a solução de conflitos intersubjetivos, porém insuficientes para a jurisdição coletiva, a doutrina passou a buscar meios alternativos de solução dos conflitos transindividuais, adaptando alguns institutos e inovando em outros.

Entre os países de *civil law*, o Brasil foi pioneiro na criação e implementação de processos coletivos. A partir da reforma de 1977 da Lei da Ação Popular, os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental receberam tutela jurisdicional por intermédio da legitimação do cidadão. Posteriormente, a Lei nº 6938/81 previu a titularidade do Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil. Porém, foi com a Lei nº 7347/85 que houve rompimento com a estrutura individualista do processo civil brasileiro. Tratava-se, porém, de tutela restrita ao ambiente e consumidor, até que a Constituição Federal de 1988 universalizou a proteção coletiva dos direitos transindividuais, sem limitação no tocante ao objeto do processo. Finalmente, em 1990, o Brasil formulou verdadeiro microssistema de processos coletivos, composto pelo Código de Defesa do Consumidor, que criou a categoria dos direitos individuais homogêneos – objeto principal de análise do presente trabalho monográfico - e pela Lei de Ação Civil Pública, interagindo mediante a recíproca aplicação das disposições dos dois diplomas legais⁷².

A adequada compreensão do sistema de tutela coletiva brasileiro passa, necessariamente, pelo esclarecimento de que tanto se destina à proteção de direitos

⁷¹ CASTANHO, Renata; MILARÉ, Édís. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 254.

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 11.

essencialmente transindividuais, notadamente os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, caracterizados pela transcendência individual da titularidade e pela indivisibilidade da pretensão de direito material, como à proteção de direitos individuais pela via coletiva, ou seja, a proteção jurisdicional de direitos subjetivos não coletivos através de ações coletivas – ou seja, os direitos individuais homogêneos.⁷³

A falta desta percepção é responsável, em grande medida, por equívocos que trazem consigo indesejáveis restrições na aplicação do modelo de tutela jurisdicional coletiva implementado pelo microssistema legal brasileiro.

É conhecida a máxima chiovendiana de que o processo deve dar, a quem de direito, tudo aquilo, e exatamente aquilo que lhe é devido, e que deveria ter sido alcançado espontaneamente. Ora, se o processo é meio, e não um fim em si mesmo, suas regras devem ser observadas na medida da indispensabilidade do alcance de seus escopos político, social e jurídico⁷⁴.

Kazuo Watanabe aduz que

...na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o plano processual e na formulação do pedido que se têm cometido vários equívocos. A tutela jurisdicional de direitos coletivos tem sido tratada, por vezes, como tutela de direitos individuais homogêneos, e a de direitos coletivos, que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de direitos de natureza indivisível⁷⁵.

Atualmente, pelas ações coletivas, tanto é possível a dedução de pedidos de tutela de direitos difusos e coletivos quanto de individuais, desde que adequadamente qualificados como homogêneos.

Impende notar que, para a tutela jurisdicional dos direitos essencialmente transindividuais, a única via de acesso à proteção jurisdicional são as ações coletivas, em face dos conhecidos problemas atinentes à indivisibilidade da pretensão de direito material e à ausência de legitimação ativa dos seus múltiplos titulares (exceto a ação popular) e conseqüente inviabilidade do seu comparecimento no procedimento judicial. O mesmo não pode ser afirmado quanto à defesa dos direitos individuais, divisíveis sob o ponto de vista do direito material, para os quais o sistema processual sempre deferiu proteção através das ações individuais que, em princípio, deveriam oportunizar efetivo acesso à tutela jurisdicional estatal, o que não ocorre a contento, consoante noção cediça.

⁷³ VENTURI, Elton, op. cit., p. 62.

⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nacente dal contratto preliminare, p. 110 apud GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 146.

⁷⁵ WATANABE, Kazuo et al., op. cit., p. 751.

Desta maneira, diante da insuficiência do sistema de tutela individual, em razão dos múltiplos obstáculos econômicos, políticos, sociais e técnicos ao acesso à justiça, e da percepção do legislador diante da existência de direitos subjetivos que, inobstante serem qualificados como individuais, têm uma origem comum, providenciou-se verdadeira abertura no sistema de tutela jurisdicional coletiva para o fim de se autorizar também a proteção dessa categoria especial de direitos individuais, à qual se denominou direitos individuais homogêneos⁷⁶.

Neste passo, outro ponto relevante a ser tocado diz respeito à constatação que a evolução do sistema de tutela coletiva não apresentou até o momento os resultados esperados, a uma porque houve um afastamento completo das duas doutrinas - uma individual, liberal, moderna e “má”, e outra coletiva, portanto social, pós-moderna e “boa”, o que resultou numa idealização do processo coletivo e no esquecimento dos indivíduos por ele beneficiados. Acreditou-se que o *iter* processual das ações coletivas não teria os percalços que teve. Muitos problemas ocorreram, desde a aceitação pela jurisprudência dos autores coletivos, até a constatação de que poucos indivíduos procuraram ou receberam o ressarcimento a que tinham direito. Nem mesmo um bem concebido processo de liquidação e execução entusiasmou os membros dos grupos beneficiados⁷⁷.

O indivíduo é parte fundamental do processo coletivo. Não apenas o indivíduo ideal do Código de Defesa do Consumidor, consciente, bem-informado, que liquidaria e executaria todas as sentenças coletivas a seu favor, ou que aproveitaria a sentença *in utilibus* para deduzir danos individuais. Também o brasileiro comum, que tem pouca informação de que alguém está promovendo uma ação em seu favor e nem sabe o que é uma ação civil pública. Infelizmente, para o homem comum, o processo coletivo ainda é um grande desconhecido⁷⁸.

Após pouco mais de vinte anos de aplicação da Lei de Ação Civil Pública e pouco mais de quinze anos de Código de Defesa do Consumidor, tudo impele o Brasil rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo processual, com seus próprios princípios e institutos fundamentais, distintos do processo civil individual.

Parafrazeando Kant, os Anteprojetos podem tirar a ação coletiva de seu sono dogmático e idealizado e despertá-la para a realidade. A possibilidade de a Defensoria poder

⁷⁶ VENTURI, Elton, op.cit., p. 64.

⁷⁷ LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 72.

⁷⁸ Id. Ibid., p. 73.

executar as sentenças e as regras de liquidação e execução, que simplificam o acesso da vítima ao ressarcimento, entre outras, poderão popularizar a ação coletiva para danos individualmente sofridos como um instrumento de efetivo acesso à justiça⁷⁹.

3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O FORMALISMO

O direito brasileiro, mesmo após a independência de Portugal, durante a fase de Império, continuou regido pelas Ordenações Filipinas, sendo o processo dividido em fases rígidas e separadas. Exemplificativamente, de acordo com o Livro 3, Título 66 do mencionado texto legislativo, o juiz devia julgar segundo o que se achar alegado e provado, ainda que a consciência dite outra coisa e ele saiba ser a verdade em contrário do que no feito foi provado, porque somente ao Príncipe, que não reconhece Superior, é outorgado o direito que julgue segundo sua consciência⁸⁰.

Com a Constituição Federal de 1891, a competência para legislar sobre direito processual foi delegada aos Estados-Membros, com destaque ao Código Processual Civil da Bahia, que em seu artigo 127 dispôs que: “o juiz *pode ordenar de ofício as diligências que julgar necessárias para apurar a verdade dos fatos, depois de realizadas as que forem requeridas pelas partes*”. Apenas em 1939, na vigência do Estado Novo, foi editado e promulgado o primeiro Código de Processo Civil nacional, reunificando a competência legislativa em favor da União⁸¹.

O Código de Processo Civil de 1973 surgiu em contexto semelhante ao anterior, razão pela qual, a despeito de alguns avanços técnicos, favoreceu o predomínio dos direitos individuais, de caráter privado e patrimonial, do formalismo processual, sob os reflexos do liberalismo econômico então vigente.

Levando em consideração a rígida separação de poderes, o juiz assumiu posição de mero aplicador da lei ao caso concreto. O direito patrimonial prevalecia, sob a perspectiva individualista, restringindo a atuação das partes e do juiz no curso da demanda.

Entretanto, algumas válvulas de escape ao formalismo já foram previstas na própria legislação civil, por exemplo: princípio da instrumentalidade das formas, atuação *ex officio* do juiz na apreciação das provas, o reconhecimento em qualquer tempo e grau de jurisdição de

⁷⁹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 73.

⁸⁰ GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 78.

⁸¹ Id. Ibid., p. 80.

matérias de ordem pública etc. Ulteriormente, com as mudanças políticas, econômicas e sociais, houve uma alteração qualitativa dos conflitos, e o direito processual teve que responder a essa nova situação, deixando de se voltar apenas aos direitos interindividuais, para também direcionar seu instrumental ao direito material coletivo, inseridos em uma sociedade de massa⁸².

Neste breve transcurso histórico não se pode deixar de mencionar a importância da Constituição Federal de 1988, que buscou flexibilizar e romper as amarras do formalismo estrito, ao elevar a *status* de princípios constitucionais o contraditório, ampla defesa, juiz natural, publicidade, dentre outros, que compõem o que grande parte da doutrina denomina de processo civil constitucional.

Consagrada esta nova fase, a Constituição deu ênfase à publicização do processo e à concessão de tutela jurisdicional adequada, efetiva, plena e tempestiva, tendo em vista os escopos políticos, sociais, econômicos, alguns judicializados em seu texto, e a previsão de direitos e garantias fundamentais. Previu, inclusive, a necessária proteção jurisdicional aos direitos transindividuais.

Neste contexto evolutivo de atenuação do formalismo processual surgiram diversas leis⁸³, porém, estas muitas vezes apresentam-se colidentes, contraditórias entre si, ensejadoras de dúvidas e dificuldades práticas de aplicação, o que motivou, em outubro de 2004, a elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero – América, cujo principal escopo é transformar o hermético processo individualista num processo social⁸⁴.

O Código Modelo foi bastante analisado e debatido no Brasil para verificar onde e como suas normas poderiam ser vantajosamente incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, daí surgindo idéias que culminaram na elaboração de Anteprojetos de Códigos Brasileiros de Processos Coletivos.

É chegado o ponto em que se vê o surgimento de um novo ramo do direito processual, qual seja, o direito processual coletivo, com princípios e regras próprias, atendendo-se ao fato de que os direitos transindividuais emergiram em contexto de explosão de litigiosidade, assumindo configurações que extravasam as estruturas legais vigentes, exigindo reformulação dos meios tradicionais de prevenção, neutralização, filtragem e resolução até então utilizados

⁸² GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 82.

⁸³ Podemos citar como exemplo a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, dentre outras.

⁸⁴ Trecho extraído da Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero – América.

na inserção do conflito no sistema jurídico, demandando um direito processual de igual natureza, não limitado pelo formalismo prevalecente de outrora⁸⁵.

3.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

3.3.1 O Direito Romano

Em obra sobre as ações coletivas no direito comparado e nacional, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes expõe que o desenvolvimento do direito processual coletivo encontra três marcos históricos, que podem ser considerados como fundamentais no cenário internacional: o surgimento das ações coletivas na Inglaterra; as *class actions* norte-americanas; e a doutrina italiana⁸⁶. O Professor Nelson Nery Júnior, todavia, remete ao direito romano as origens das ações coletivas, com menção às ações populares⁸⁷.

Inobstante a influência do direito norte-americano sobre o brasileiro, notadamente em matéria de direito constitucional e tutela dos direitos coletivos, impende salientar que nosso sistema jurídico é filiado à família romano-germânica. Em razão disso, segundo a visão de Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery, a verdadeira origem remota de tipos de tutela de direitos de massa vem do direito romano, precisamente das variadas espécies de ações populares. O direito romano já conhecia direitos havidos como difusos, como culto à divindade, direito à liberdade e particularmente o direito ao meio ambiente, sendo certo que utilizava a ação que tutela o próprio direito do povo (*eam popularem actionem dicimus quae suum jus populi tenetur*) como instrumento adequado à proteção de direitos transindividuais⁸⁸.

As ações populares romanas merecem obrigatória citação pelo fato de marcarem a existência mais remota de que se tem conhecimento na defesa de direitos transindividuais. Povo algum da Antiguidade construiu monumento tão completo e tão sistemático como o legado jurídico romano. Tendo evoluído ao longo de mais de mil anos, o Direito Romano

⁸⁵ GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 83.

⁸⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 42.

⁸⁷ MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade premente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 322.

⁸⁸ FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Direito Processual Ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 216.

criou e testou inúmeros institutos que serviram, inclusive, de fonte de inspiração e sementes para o ordenamento atual⁸⁹.

Historicamente, conforme ensinamento trazido por José Carlos Moreira Alves, podemos encontrar já no Direito Romano traços da proteção dos direitos difusos e coletivos, por meio das *actiones populares*, que eram ações de natureza privada, para tutela do direito do povo, e que estavam previstas no Digesto, 47, 23, I: *Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tenetur*. Qualquer cidadão de Roma podia propor a ação, em seu próprio nome, mas defendendo interesse do povo. Ademais, a expressão difusos já era conhecida pelos romanos para designar direitos públicos que tinham como titular não o povo considerado como entidade, mas cada um dos participantes da comunidade⁹⁰. O que se observa, então, é que já existia a ação popular para tutela de interesses comunitários, ou até mesmo direito exclusivamente privado próprio ou de terceiro.

Nas ações populares, o cidadão agia em nome próprio e por conta da cidade e colimavam genericamente fazer respeitar um direito comunitário atacado por ato ilícito, erguendo-se em proveito da coletividade, da qual, como um de seus componentes, se beneficiava igualmente o autor da ação popular⁹¹.

Não há consenso doutrinário acerca de uma classificação verdadeiramente abrangente de todas as espécies de ações e interditos populares romanos.

José Afonso da Silva apresenta síntese bastante precisa acerca das ações populares romanas, avaliando que elas visavam, basicamente, à tutela judicial de um interesse público relevante⁹².

De toda sorte, a afirmação de que as ações coletivas tiveram origem direta nas ações populares não é de todo harmoniosa, pelo fato de que em se tratando de origem, presume-se uma evolução direta e seqüencial daquilo que se diz, o que não é o caso. Não por outra razão, Gregório Assagra de Almeida se reporta ao direito romano como origem remota das ações coletivas⁹³.

Entretanto, observe-se que a despeito de todas as diferenças havidas no contexto histórico, a tutela de direitos transindividuais gozava de uma peculiaridade sofisticada para a época, qual seja, o efeito vinculante e imutável da coisa julgada, vale dizer, ainda que a defesa

⁸⁹ KOMATSU, Paula. *Ação Coletiva: evolução histórica*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, p. 2.

⁹⁰ CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello, MILARÉ, Édís, NERY JR., Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 47-48.

⁹¹ KOMATSU, Paula, op. cit., p. 7.

⁹² SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.

⁹³ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., p. 38.

fosse implementada pelo indivíduo, o julgamento tinha efeitos *erga omnes*, podendo, inclusive, ser oposta exceção de coisa julgada contra qualquer outro litigante que buscasse a tutela do mesmo bem jurídico sob o qual já houve provimento jurisdicional⁹⁴.

3.3.2 A Europa Medieval e as Ações Coletivas

Marcio Flávio Mafra Leal aponta, com base na doutrina e no direito comparado, a origem histórica das ações coletivas no século XII. Assevera tal jurista que a ação coletiva não é fenômeno contemporâneo, pois se trata de forma de estruturação de litígio judicial que existe há pelo menos oito séculos, muito embora, ressalta, haja diferenças relevantes entre as primeiras ações medievais, as modernas e as contemporâneas⁹⁵.

O mesmo autor, citando Stephen Yeazell, informa que este localiza as primeiras ações do gênero na Inglaterra medieval do século XII. Tratava-se de conflitos envolvendo uma comunidade (aldeões) de um vilarejo contra os senhores (*Lords*), por problemas relativos à administração e utilização das terras nos feudos; fiéis (*parishers*) disputando o pagamento de dízimos com os párocos; corporações (*guilds*) questionando o pagamento de tributos ou arrendamentos impostos pela autoridade local pelo senhor (*Lord*)⁹⁶.

O primeiro caso relatado por Yeazell ocorreu justamente nas vésperas do século XII, precisamente em 1199, na corte do Arcebispo de Canterbury. O vigário (“*rector*”) da paróquia, Martin, propôs ação em face de quatro paroquianos reivindicando seus direitos a certas taxas paroquiais. Martin não propôs ação em face dos paroquianos, como sociedade ou indivíduos, mas como grupo, no qual havia representantes que falavam pelos demais⁹⁷.

Outro caso apresentado por Yeazell ocorreu no século XIII, precisamente em 1256, três aldeões, em nome próprio e de toda a comunidade de Helpingham, demandaram em face de dois aldeões e de toda a comunidade de Donington, bem como contra quatro outros aldeões de Byreke e de toda a comunidade daquela vila, sob a alegação de falha dos aldeões daquelas localidades no tocante à falta de ajuda no reparo dos diques locais. Frise-se, novamente, que a ação foi proposta em face dos aldeões como grupo e não em face de todos individualmente⁹⁸.

⁹⁴ MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade premente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 323.

⁹⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998, p. 21.

⁹⁶ Id. Ibid., p. 22-23.

⁹⁷ KOMATSU, Paula, op. cit., p. 16.

⁹⁸ Id. Ibid., p. 16.

Em síntese, para Yeazell, a despeito de se tratar de registros incompletos e fragmentados, os casos mencionados sugerem que a corte direcionava sua atenção naquilo que hodiernamente chamamos de mérito da ação, ou seja, quem detinha o direito sobre o dízimo, quem deveria reparar os diques e assim sucessivamente⁹⁹.

O Professor Yeazell contesta a versão da doutrina contemporânea, que costuma utilizar a teoria do surgimento da ação coletiva ao tempo do “*Bill of Peace*”. O estudioso assevera que a ação coletiva surgiu vários séculos antes do século XVII, e critica o estudo incompleto da doutrina que, em sua opinião, despreza os ensinamentos dos historiadores da Inglaterra medieval¹⁰⁰.

Conclui seu pensamento com a constatação de que durante este período houve ações coletivas, envolvendo aldeões (ligados a comunidade ou corporação, despidas de personalidade jurídica) contra os senhores, com o fito específico de reivindicar o fim da condição de servos, ou ainda, a utilização e administração de feudos. A ação coletiva, na Idade Média, a despeito de não ter “inventado” algo como as “*class action*” especificamente, tem grande importância ao estabelecer a ligação entre as origens romanas e os sucessos ocorridos com a ação coletiva na era moderna e contemporânea¹⁰¹.

Entretantes, o indivíduo tal como se concebe hodiernamente, é uma invenção da cultura moderna e das revoluções liberais. O ser humano medieval estava indissociavelmente ligado à comunidade ou corporação à que pertencia, sendo fácil visualizar tal categoria como entidade homogênea e unitária, representada tacitamente por alguns de seus membros. Não havia, destarte, discussão acerca da representatividade do autor da ação coletiva, pelo fato de não haver distinção entre indivíduo e comunidade, tal como se concebe hoje. Sob tais condições, o processo judicial estava voltado para o mérito do litígio, tomando as partes e sua definição como algo secundário¹⁰².

Edward M. Peters, em artigo para *The American Journal of Legal History*, ao proceder à análise crítica do livro “*From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*”, de Stephen C. Yeazell cita o que pode ter sido o primeiro caso de ação coletiva de que se tem notícia, a saber: no ano de 1179, aldeões da Vila Rosny-Sous-Bois reivindicaram aos seus senhores, o abade e os clérigos de Santa Genoveva em Paris, o fim da condição de servos. Mencionado processo durou por volta de 47 anos, envolveu três reis e cinco papas e consumiu

⁹⁹ KOMATSU. Paula, op. cit., p. 17.

¹⁰⁰ Id. Ibid., p. 18.

¹⁰¹ Id. Ibid., p. 18.

¹⁰² Id. Ibid., p. 22.

todos os recursos dos aldeões para pagar o procurador, despertando a atenção pela tenacidade e capacidade de organização do grupo¹⁰³.

Finalmente, nos idos de 1226, após a desistência de vários aldeões em decorrência da pressão exercida pelos clérigos, os camponeses que permaneceram no processo atingiram um resultado que beneficiou a todos e acabaram por comprar sua liberdade, sob a condição de não formarem uma comuna¹⁰⁴.

Ademais, o Professor Edward M. Peters acredita que o Direito Canônico é campo que valeria a pena ser investigado no âmbito da origem das ações coletivas. Edward M. Peters afirma que os juízes canônicos focalizavam suas atenções ao mérito das causas, não se preocupando demasiadamente com a legitimidade para agir do grupo de litigantes, que compunham a lide¹⁰⁵.

Todavia, tal forma de encarar o processo coletivo não se repetiu nos períodos subseqüentes. Os séculos vindouros encaminharam a ação coletiva para o debate acerca da legitimidade para figurar no processo, resultando em dois sistemas distintos de legitimação, a saber: o *ope judicis* e o *ope legis*¹⁰⁶.

Por fim, cumpre lembrar que a doutrina tradicional defende a origem das ações coletivas no “*Bill of Peace*”, consoante se verá no tópico seguinte.

3.3.3 Transição Para o Período Moderno e Contemporâneo

No período medieval não existia divergência a respeito da representatividade do demandante da ação coletiva, posto que não se discernia indivíduo de comunidade. O cerne da questão era voltado para o mérito do litígio, sendo as partes e sua definição algo secundário.

O autor da ação coletiva era, no contexto medieval, membro de grupo coeso, em que se dividiam todos os aspectos da vida social.

A passagem do período medieval para o moderno e contemporâneo foi um lento processo de transição, que iniciou com a renascença e perdurou até o individualismo e liberalismo radicais, que caracterizam o início do período contemporâneo¹⁰⁷.

¹⁰³ KOMATSU, Paula, op. cit., p. 13.

¹⁰⁴ Id. Ibid., p. 13.

¹⁰⁵ Id. Ibid., p. 13.

¹⁰⁶ MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade premente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 325.

¹⁰⁷ Id. Ibid., p. 325.

O ideal liberal-individualista, reinante no final do período moderno, gerou, num primeiro momento, a redução da importância da figura do grupo na sociedade de sua época. Em geral, as ações coletivas foram se reduzindo em arrefecimento considerável até a quase estagnação, que perdurou por aproximadamente um século, para que ressurgissem, nos moldes atuais.

A reaparição das ações coletivas foi estimulada pelo surgimento da consciência de classe, que semeou a idéia de coletividade tal como conhecemos.

Por volta do século XII, quando comércio e cidades cresciam e a servidão se afrouxava no Ocidente, começou a ganhar força figura inexpressiva até então: a realeza, em contraposição aos senhores feudais.

No século XIV grandes calamidades contribuíram para a derrocada do sistema feudal, notadamente a fome causada pelo crescimento demográfico e chuvas torrenciais, a escassez de moeda gerada pelo aumento do volume das transações comerciais, as guerras dos cem anos e das duas rosas e a peste negra¹⁰⁸.

Em meados do século XV, ao final das crises do século anterior, muitos servos adquiriram a liberdade, surgindo então a questão de como controlar a massa liberta, exigindo-se, para tal, uma autoridade superior à dos senhores locais e feudais¹⁰⁹.

No século XVI, a servidão que consistia na prestação obrigatória de trabalho gratuito ao senhor, conhecida como corvéia, foi substituída por completo em toda a Europa, sendo substituída, notadamente na Inglaterra, por pagamentos em produtos ou em dinheiro. As incorporações tornaram-se método de sobrevivência e o capitalismo emergiu paralelamente ao individualismo¹¹⁰.

A contínua ascensão do individualismo gerou uma diminuição da importância dos grupos na estrutura social e no sistema jurídico. O autor na ação coletiva tornou-se representante de interesses de um grupo de pessoas reunidas em torno de uma circunstância fática ou jurídica comum, isto é, um terceiro podia representar vários direitos alheios e autônomos¹¹¹.

Com o decorrer dos anos verificou-se na Inglaterra o declínio das ações para defesa de interesses coletivos, em decorrência da formação de sistema judiciário individualizado, baseado no conceito de direitos individuais e de direito de ação.

¹⁰⁸ KOMATSU, Paula, op. cit., p. 19.

¹⁰⁹ Id. Ibid., p. 19.

¹¹⁰ Id. Ibid., p. 20.

¹¹¹ Id. Ibid., p. 20.

O período individualista não foi expressivo no tocante ao desenvolvimento do direito processual coletivo, pois, de forma geral, colocou freio no desenvolvimento das ações coletivas no ocidente. Todavia, sua menção é fundamental sob dois aspectos, a saber: 1º) pelo despertar da consciência da independência do indivíduo perante a coletividade de que faz parte; 2º) compreensão do desenvolvimento do direito processual coletivo especialmente no tocante à criação da ciência processual, tendo como marco a obra de Oskar Von Bulow, publicada em 1868, que inaugura o estudo do direito processual como ciência autônoma, desvinculada do direito material, abrindo campo para formação da teoria geral do processo, base do sistema hodierno¹¹².

Por volta do ano de 1600 o que restou dos grupos para litigar se transformou em casos específicos, que migraram para duas cortes com jurisdições específicas, quais sejam, a “*Star Chamber*” e a “*Chancery*”¹¹³.

A corte de *Star Chamber* passou a proteger os direitos de grupos com títulos menos importantes e dos homens livres proprietários de terras, direitos que não eram aplicáveis nas cortes da *commom law*. A *Star Chamber* passou a lidar, por exemplo, com grupos de inquilinos que pediam proteção contra extorsão, opressão, tudo o que era cerceado, pois gerava pobreza e fome na área rural¹¹⁴.

A *Star Chamber* possuía duas preocupações em especial, quais sejam, a dominação da inquietação social e restauração do curso normal do governo. O ponto essencial está na jurisdição sobre os grupos, que passou das cortes de *commom law*, para a *Star Chamber*¹¹⁵.

Todavia, no século XVII, durante a Revolução Puritana foi abolida, conseqüentemente os grupos que se formavam para litigar passaram a se dirigir à *Chancery*, que passou a reconhecer os direitos dos grupos rurais, mas entendiam que tal jurisdição sobre grupos era extraordinária. Em decorrência disso, emergiram teorias conhecidas como regras (*rules*) das partes necessárias e da ação coletiva (*class action*), como exceção¹¹⁶.

Desta feita, a maioria da doutrina prefere localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII, como variante da *Bill of Peace*, da *Chancery*. O Bill consistia em autorização para o processamento coletivo de ação individual, sendo concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no

¹¹² MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade premente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 327.

¹¹³ KOMATSU, Paula, op. cit., p. 22.

¹¹⁴ Id. Ibid., p. 22.

¹¹⁵ Id. Ibid., p.23.

¹¹⁶ Id. Ibid., p. 23.

litígio, tratando a questão de maneira uniforme, de modo a evitar a multiplicação de demandas¹¹⁷.

As soluções advindas dessa jurisdição não estavam presas a formalismos dos tribunais da *common law*, razão pela qual, tornaram-se campo fértil para o desenvolvimento do *group litigation*. No século XIX, por meio dos *Judicature Acts* de 1873 e 1875, unificaram-se formalmente as jurisdições, embora normativa e dogmaticamente a *equity* subsistia¹¹⁸.

Posteriormente, as doutrinas de cunho individualista que conceituaram pessoa física e jurídica, foram aos poucos questionando as entidades coletivas perante as *Chancery*, pelo fato de as considerarem anômalas. Assim, a partir do século XVII, pôs-se o problema de se justificar teoricamente a representação de grupos informais, que não enquadravam no conceito jurídico de corporação¹¹⁹.

Empreendeu-se, então, a busca de justificações teóricas que permitissem a um grupo informal ser representado por pessoa ou entidade. O debate centralizou-se em torno de duas posições. A primeira permitia a representação do autor coletivo pela autorização dos representados, enquanto a segunda procurava identificar os interesses do autor com os interesses dos integrantes da classe, dispensado o consentimento.

Assim, do grupo homogêneo e coeso medieval, surgiu a classe, um conjunto de indivíduos reunidos por interesse comum, que contavam com a antipatia do Estado e das doutrinas liberais, avesso a grupamentos corporativos, em virtude do receio de se voltar à experiência histórica do regime antigo¹²⁰.

O importante a ser destacado é que o autor na ação coletiva era, no contexto medieval, membro de um grupo coeso, em que havia compartilhamento de todos os aspectos da vida social, ao passo que, na era moderna, o autor coletivo tornou-se um representante de interesses de um grupo de pessoas reunidas em torno de circunstância fática ou jurídica comum¹²¹.

Mais recentemente, desde 1809, existe na Suécia o *Justitieombudsman*, que se trata de órgão criado para a administração da justiça exercer o controle da atividade da administração pública e decidir sobre os interesses difusos, porém sem jurisdição. Com efeito, impende

¹¹⁷ KOMATSU, Paula, op. cit., p. 23.

¹¹⁸ Id. Ibid., p. 24.

¹¹⁹ Id. Ibid., p. 26.

¹²⁰ Id. Ibid., p. 26.

¹²¹ Id. Ibid., p. 29.

ressaltar que a figura do ombudsman aparece em todo o direito escandinavo, influenciando até hoje diversos países que passaram a adotá-lo sob as mais variadas formas¹²².

Se por um lado o individualismo resultou na redução da importância dos grupos na sociedade, a nova formatação social, resultante da economia capitalista pós-revolução industrial, fez aflorar a consciência de classe de modo inédito no pensamento ocidental¹²³.

A idéia de conscientização de classe foi o divisor de águas da história passada e recente do direito processual coletivo, a partir da qual a tutela coletiva de direitos passou a ter relevância especial e justificar o estudo e elaboração de sistema processual próprio.

De qualquer forma, a Revolução Industrial do século XVIII pode ser considerada a circunstância social que deu origem aos movimentos sociais conflitivos em razão da denominada ascensão das massas, que se intensificou no decorrer da história, passando, destarte, a exigir a tutela coletiva desses conflitos massificados¹²⁴. Os conflitos sociais aumentaram atingindo comunidades de pessoas. Como consequência, surgiram vários segmentos sociais – sindicatos, associações, etc.- o que fez com que começassem a ser criados instrumentos legais para a tutela judicial dos direitos coletivos¹²⁵.

É característica peculiar do período contemporâneo o fortalecimento das ações coletivas. Após período de estagnação, o processo coletivo alcança grau de importância e efetividade expressivo. Embora o sistema processual, em termos gerais, ainda seja baseado na teoria desenvolvida no período individualista, muitas de suas amarras se soltaram para abraçar a necessidade de desenvolvimento de teoria que abrangesse os conflitos coletivos emergentes no século XX¹²⁶.

Preocupações inéditas começaram a despontar no universo dos direitos humanos, tais como os direitos dos povos e da humanidade, v.g., o direito ao meio ambiente íntegro e ao patrimônio cultural, fazendo despertar a consciência dos denominados direitos transindividuais.

A nota desses novos direitos é que seu titular não é mais considerado o indivíduo, mas sim a coletividade. O reconhecimento de tais direitos contribuiu para a formulação de um sistema processual voltado para sua tutela, pois os novos conflitos e problemas coletivos

¹²² SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit., p. 24.

¹²³ MAIA, Diego Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade premente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 327.

¹²⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op.cit., p. 42.

¹²⁵ Id. Ibid., p. 44.

¹²⁶ MAIA, Diego Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade premente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 329.

apresentados pela sociedade desafiavam e colocavam em dificuldade a dogmática jurídica tradicional e suas modalidades individualistas de tutela. Norberto Bobbio anteviu a necessidade de proteção desses novos direitos ao afirmar: “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político*¹²⁷”. Em suma, um novo movimento processual se fazia necessário para dar conta da tutela desta gama de direitos recém reconhecidos.

Em meados do século XX, o direito processual era extremamente formal e individualista, pois concebido sob as influências do individualismo liberal e do positivismo jurídico, dominantes no século XIX. Nas palavras do professor José Manoel de Arruda Alvim, por ter sido concebido com a função de resolver tão somente questões individuais, “*o processo individualista era impróprio e intencionalmente inepto para a proteção de situações coletivas*¹²⁸”.

A reação à concepção formalista foi razoavelmente ampla, aparecendo no contexto mundial sob diversas formas e intensidades. Exemplificativamente, podemos citar na Europa a corrente da “jurisprudência dos interesses”, na América o “realismo jurídico” e no Brasil a corrente conhecida como “direito alternativo”. As novas tendências imiscuíram-se na ciência do direito processual, iniciando amplo movimento de reformas, abrindo caminho para, mais adiante, conceber-se o sistema de tutela coletiva de direitos¹²⁹.

Nos idos dos anos 1950, o Professor Piero Calamandrei, em discurso proferido durante ato inaugural do Congresso Internacional de Direito Processual Civil, celebrado em Florença, já atentava para o fracasso notório do formalismo processual, pregando a premente necessidade de sua instrumentalização. Em síntese, lembrava que nos últimos 50 anos, o pecado mais grave da ciência processual tem sido o ter separado o processo de sua finalidade social, apartando-o de maneira cada vez mais profunda de todos os vínculos com o direito substancial, da justiça em suma¹³⁰.

A doutrina não encontra um divisor de águas que possa ser tomado como ponto de origem do direito processual coletivo na idade contemporânea; todavia, sabe-se que a preocupação com a tutela dos direitos das massas surge com o movimento mundial para o

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

¹²⁸ ARRUDA ALVIM, José Manuel. Ação Civil Pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édis (Coord.), op. cit., p. 73.

¹²⁹ MAIA, Diego Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade premente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 331.

¹³⁰ Id. Ibid., p. 331.

acesso à justiça, a partir das décadas 60 e 70 do século XX, que foi um dos grandes responsáveis pelo desenvolvimento da tutela coletiva no mundo ocidental, notadamente nos sistemas processuais civis romano-germânicos, que se encontravam relativamente atrasados em relação à tutela coletiva dos ordenamentos jurídicos anglo-saxônicos. O aludido estudo tratava de três correntes mundiais (as ondas de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth), que estavam sendo implementadas com o fito de atenuar os grandes problemas da justiça em todo o mundo, sendo que a segunda onda renovatória diz respeito à tutela dos direitos transindividuais¹³¹.

Inserida nessa segunda onda renovatória, destaca-se a revisitação do conceito sobre legitimidade para posicionar a presença em juízo de grupos, entidades e instituições, na defesa de direitos difusos. Operacionalizou-se, também a revisitação do sentido de citação, de contraditório, e de coisa julgada, tendo que ser realizada verdadeira revolução no direito processual¹³².

Dentro desse movimento renovatório foram criados: a) na França, o provimento de 27 de dezembro de 1973 (*Lei Royer*), que outorgou legitimação ativa às associações de consumidores, para a defesa de seus direitos, na hipótese em que haja condutas prejudiciais, direta ou indiretamente, a esses direitos¹³³; b) na Inglaterra, a *representative action* e a *relator action* (a primeira permite que um ou mais indivíduos representem em juízo o grupo a que pertencem, e a segunda, que um indivíduo requeira ao procurador-geral do Ministério Público, autorização para propor, em seu nome, ação para a tutela de interesse público¹³⁴; c) nos Estados Unidos, as *class actions* (permitem que um litigante represente toda uma classe de pessoas, em determinada demanda) e as ações de interesse público¹³⁵.

A instituição das ações coletivas no Brasil não foi precedida de grandes debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema. Em verdade, o direito processual coletivo nacional foi elaborado sobre a estrutura da doutrina italiana e desenvolveu-se sob a influência estrangeira, como a das experiências norte-americana e alemã. O grande responsável pelo estímulo ao estudo da tutela coletiva no Brasil foi o processualista José Carlos Barbosa

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1988, p. 31.

¹³² Id. *Ibid.*, p. 50-51.

¹³³ Id. *Ibid.*, p. 57.

¹³⁴ LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, p. 141-143.

¹³⁵ CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 60.

Moreira, sob a influência dos estudos desenvolvidos pelos professores Mauro Cappelletti, Constantino, Vítorio Denti, Andrea Proto Pisani, entre outros¹³⁶.

No Brasil, conforme será tratado no tópico pertinente, o movimento do processo coletivo somente foi levado a efeito no campo legislativo com a edição da Lei nº 7347/85 (Ação Civil Pública). Porém, a consagração se deu com a Constituição de 1988, aperfeiçoando-se com a Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que adotou, com algumas adaptações, notadamente no que se refere à legitimidade ativa, o modelo da *class action* do sistema norte-americano¹³⁷.

Ada Pellegrini Grinover, inclusive, sustenta que a própria ação civil pública brasileira foi inspirada, de maneira adaptada, nas *class actions* americanas.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes aponta como fonte de inspiração da tutela jurisdicional coletiva as *class actions*, do modelo processual praticado nos Estados Unidos da América, cuja primeira regra escrita data, ao que consta, de 1842¹³⁸.

As *class actions*, instituídas na referida data pela *Equity Rule* 48, por sua vez, tiveram sua origem no direito inglês (na *equity* inglesa), mais precisamente no *Bill of Peace*, consoante anteriormente exposto.

Houve modificação no direito norte-americano legislado e, em verdade, a nossa fonte se encontra na vigente redação da Regra 23 (com a redação de 1966) das *Federal Rules of Civil Procedure*, que foram instituídas na primeira metade do século XX, mais precisamente em 1938¹³⁹.

Portanto, essa visão de Direito Processual Coletivo exsurge com a nova fase metodológica do direito processual, denominada por Candido Rangel Dinamarco como fase instrumentalista, em que o processo é concebido como um instrumento-meio de realização de justiça por intermédio dos escopos da jurisdição. É tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo¹⁴⁰.

¹³⁶ MAIA, Diego Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade premente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 333.

¹³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op.cit. p. 43.

¹³⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 310.

¹³⁹ Id. Ibid., p. 310.

¹⁴⁰ DINAMARCO. Candido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 23.

O estudo do direito processual coletivo como ramo específico do direito processual vem coroar o movimento de defesa dos interesses primaciais da comunidade, com a criação de regras e princípios específicos de interpretação. Nasce, então, uma tutela jurisdicional mais efetiva e dinâmica, como dito por Édis Milaré, ao sustentar que, para uma sociedade de massa, há de existir igualmente um processo de massa¹⁴¹.

3.4 PRINCÍPIOS DE DIREITO PROCESSUAL COLETIVO¹⁴²

3.4.1 Princípio do Acesso à Justiça

O conteúdo do princípio do acesso à justiça em sede de direito processual coletivo não se limita ao mero direito de aceder formalmente aos tribunais, mas vai além, no sentido de alcançar a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados.

O princípio que no processo individual diz respeito tão somente ao cidadão, objetivando a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por até milhões de pessoas¹⁴³.

3.4.2 Princípio da Universalidade da Jurisdição

O princípio da universalidade da jurisdição no direito processual coletivo significa que o acesso à justiça deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número maior de causas, pois é por intermédio deste que as massas têm oportunidade de submeter suas demandas aos tribunais. É o tratamento coletivo de direitos que abre as portas à universalidade da jurisdição.

Cotejando-se com o direito processual individual, neste tal princípio tem alcance mais restrito, limitando-se à utilização da técnica processual com o objetivo de que todos os conflitos de interesses submetidos aos tribunais tenham resposta jurisdicional¹⁴⁴.

3.4.3 Princípio da Participação

¹⁴¹ MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.3.

¹⁴² Tópico inspirado no rol de princípios formulado por Ada Pellegrini Grinover e Gregório Assagra de Almeida.

¹⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 12.

¹⁴⁴ Id. *Ibid.*, p. 12.

O princípio participativo é ínsito em qualquer processo, que tem nele seu objetivo político. Porém, enquanto no processo individual a participação se resolve na garantia constitucional do contraditório (participação no processo), no processo coletivo a participação se faz também pelo processo¹⁴⁵.

A participação popular pelo processo contava com exemplo clássico referente ao Tribunal do Júri e, ainda, da atividade de conciliadores nos Juizados Especiais, porém, tratava-se de exemplos pontuais, ao passo que com o acesso das massas à justiça, grandes parcelas da população vêm participar do processo, conquanto por meio dos legitimados à ação coletiva.

Enquanto no processo individual a participação é exercida diretamente pelo contraditório, no processo coletivo o contraditório é exercido pela atuação do portador, em juízo, dos direitos transindividuais.

Há, assim, no processo coletivo, uma participação maior *pelo* processo, e uma participação menor *no* processo, pelo fato de não ser exercida individualmente, mas sim pelo denominado representante adequado.

3.4.4 Princípio da Ação

O princípio da ação é aquele que determina ser da parte a atribuição de provocar o exercício da função jurisdicional. Há, todavia, peculiaridade no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover, ao dispor sobre iniciativas que competem ao juiz para estimular o legitimado a ajuizar ação coletiva, mediante a ciência aos legitimados da existência de diversos processos individuais versando sobre o mesmo bem jurídico¹⁴⁶.

3.4.5 Princípio do Impulso Oficial

O processo, que se inicia por impulso da parte, segue sua caminhada por impulso oficial. Tal princípio rege de igual maneira o processo individual e o coletivo, porém, a soma

¹⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 12.

¹⁴⁶ Id. Ibid., p. 13.

de poderes atribuídos ao juiz é questão ligada ao modo como se exerce o princípio do impulso oficial em matéria de tutela jurisdicional coletiva¹⁴⁷.

Trata-se, no processo coletivo, da chamada *defining function* do juiz, de que fala o direito norte-americano para as *class actions*.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos dá nova dimensão ao princípio em análise, atribuindo ao juiz medidas como, por exemplo: 1) possibilidade de desmembramento de processo coletivo em dois - sendo um voltado à tutela dos direitos difusos e outro voltado à proteção dos individuais homogêneos, caso entenda conveniente para a tramitação do processo; 2) certificar a ação como coletiva; 3) dirigir como gestor do processo a audiência preliminar, decidindo de plano as questões processuais e fixando os pontos controvertidos; 4) flexibilizar a técnica processual, como, por exemplo, na interpretação do pedido e da causa de pedir; 5) determinar a suspensão dos processos individuais, em determinadas circunstâncias, até o trânsito em julgado da sentença coletiva¹⁴⁸.

3.4.6 Princípio da Economia

Tal princípio preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Exemplo: reunião de processos em casos de conexidade, continência, litispendência e coisa julgada.

Com efeito, os conceitos de tais institutos no processo civil individual são extremamente rígidos, colocando entraves à identificação de processos, de modo a dificultar sua reunião ou extinção. Os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos estatuem que, para a identificação dos fenômenos acima indicados, levar-se-á em conta não o pedido, mas o bem jurídico a ser protegido; desta feita, pedido e causa de pedir serão interpretados extensivamente, e a diferença dos legitimados ativos não será empecilho para o reconhecimento da identidade dos sujeitos. Isto significa que as causas serão reunidas com maior facilidade e que a litispendência terá um âmbito maior de aplicação¹⁴⁹.

3.4.7 Princípio da Instrumentalidade das Formas

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 13.

¹⁴⁸ Id. Ibid., p. 13.

¹⁴⁹ Id. Ibid., p. 13

O conceito deste princípio diz que as formas do processo não devem ser excessivas de forma a sufocar os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, devendo assumir exclusivamente o formato necessário a assegurar as garantias das partes e a conduzir o processo a seu destino final, qual seja, a pacificação com justiça¹⁵⁰.

Desta feita, a técnica processual deve ser vista sempre em consonância com os fins da jurisdição e ser flexibilizada de modo a servir à solução do litígio. O desmesurado apego à técnica tem levado a um número excessivo de processos que não atingem a sentença de mérito em virtude de questões processuais.

As normas que regem o processo coletivo devem ser interpretadas de forma ampla e flexível, sendo observado o contraditório e não gerando prejuízo às partes, nos moldes do que expressam os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

3.4.8 Princípio da Máxima Efetividade do Processo Coletivo

O mencionado princípio decorre da necessidade de efetividade real e não meramente formal do processo coletivo. Com efeito, indispensável que sejam envidados esforços e realizadas todas as diligências para que se alcance a verdade¹⁵¹.

O interesse social presente nas ações coletivas impõe essa efetividade do processo coletivo. Tal princípio está implícito no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, que garante o acesso à justiça; no artigo 5º, § 1º, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor combinado com o artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública.

Como corolário de tal princípio, o Poder Judiciário tem poderes instrutórios amplos, devendo atuar em busca da efetividade do processo coletivo independentemente de provocação das partes, sendo limitado apenas pelo que dispõe a Constituição Federal¹⁵².

Por fim, José Roberto dos Santos Bedaque aduz que

A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da postura instrumentalista que envolve a ciência processual. Essa postura contribui, sem dúvida, para a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos. Contribui, enfim, para a efetividade do processo¹⁵³.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 14.

¹⁵¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., p. 576.

¹⁵² Id. Ibid., p. 577.

¹⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1994, p. 110.

3.4.9 Princípio do Máximo Benefício da Tutela Jurisdicional Coletiva

O princípio em análise é decorrência lógica do próprio espírito do direito processual coletivo. Utilizando-se da tutela jurisdicional coletiva busca-se solucionar em um só processo um grande conflito social ou diversos conflitos individuais, unidos pelo vínculo de homogeneidade, evitando a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações de conflito capazes de gerar insegurança na sociedade¹⁵⁴.

Esse princípio, que está implicitamente previsto no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, busca o aproveitamento máximo da prestação jurisdicional coletiva, para evitar novas demandas, especialmente as individuais com idêntica causa de pedir¹⁵⁵.

3.4.10 Princípio da Máxima Amplitude da Tutela Jurisdicional Coletiva

O princípio em tela estatui que para proteção dos direitos transindividuais são admissíveis todos os tipos de ação, procedimentos, medidas, inclusive provimentos antecipatórios, desde que adequados à efetiva tutela do direito coletivo pleiteado¹⁵⁶.

3.5 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL (LEGISLAÇÃO COMPARADA)

Cândido Rangel Dinamarco já apontou a necessidade que a ciência processual brasileira possui atualmente, no sentido de se conscientizar das realidades circundantes e tomar conhecimento dos conceitos e dos sistemas processuais de outros países, com o fito de buscar soluções adequadas para os problemas da justiça brasileira. Tais problemas derivam da necessidade da coletivização da tutela jurisdicional numa sociedade de massa, assim como da crise de legitimação pela qual passa o Judiciário. Ademais, mostram-se necessárias a assimilação de institutos novos e a crescente aproximação entre culturas e nações soberanas¹⁵⁷.

Com efeito, o método que se denomina comparatístico enriquece as pesquisas, contribui para o aprimoramento do direito nacional e facilita a compreensão dos povos estrangeiros e das relações internacionais.

¹⁵⁴ ALMEIDA. Gregório Assagra de. op. cit., p. 576.

¹⁵⁵ Id. Ibid., p. 576.

¹⁵⁶ Id. Ibid., p. 578.

¹⁵⁷ Id. Ibid., p.105.

Na realidade brasileira atual, torna-se quase que uma obrigação a referência à legislação comparada, especialmente ao sistema norte-americano, no qual estão inseridas as *class actions*, que serviram de base para a coletivização do direito processual brasileiro.

Ademais, consoante exposto por Mauro Cappelletti, hoje existe uma tendência mundial de convergência entre as duas grandes famílias jurídicas, quais sejam, a da *civil law* e da *common law*¹⁵⁸. Passemos, pois, a uma breve análise do tratamento internacionalmente conferido à tutela coletiva por alguns países. Consoante o mencionado doutrinador, devemos verificar que as distâncias entre as práticas processuais de famílias jurídicas distintas (*common law vs. civil law*) não são tão abismais como se imagina, a ponto de não nos socorrermos daquela realidade para o nosso próprio processo de aperfeiçoamento. Enfim, caso tenhamos que rejeitar mecanismo utilizado no direito alienígena, que seja pela diminuta operacionalidade que revelam na prática de suas realidades forenses, e não pelo simples fato de pertencer historicamente a outra família jurídica¹⁵⁹.

3.5.1 Itália

Desde a década de 70 o tema direitos difusos e coletivos tem sido objeto de amplo debate entre juristas italianos do escol de Mauro Cappelletti, Vitorio Denti, Andrea Proto Pisani, entre outros. Porém, há divergências sobre a terminologia e conceituação desses interesses. Para alguns autores, a diferença entre direitos difusos e coletivos deriva do fato de os segundos se referirem a um grupo organizado. Já para outros, o fundamental é a indivisibilidade do bem objeto do interesse e sua utilização por uma pluralidade de pessoas¹⁶⁰.

No direito italiano os direitos difusos e coletivos não constituem uma realidade homogênea e definida. Enquanto alguns preferem enquadrá-los como direitos subjetivos ou interesses legítimos, outros deles tratam como se fossem um *tertium genus*. Como é natural, essa dificuldade de conceituação e enquadramento em uma das categorias tem causado problemas quanto à efetividade desses direitos na Itália, o que dificulta principalmente o reconhecimento de legitimidade ativa para o comparecimento em juízo ou administrativamente na defesa desses direitos de massa¹⁶¹.

¹⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1993, p. 133-134.

¹⁵⁹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 311.

¹⁶⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op.cit., p.106-107.

¹⁶¹ Id. Ibid., p. 107.

Impende salientar que a jurisprudência italiana tem exigido que sejam observados critérios para a admissibilidade das ações ajuizadas por grupos ou associações na defesa de direitos difusos ou coletivos, tais como: localização territorial da associação ou grupo; adequação com os fins estatutários; efetiva e adequada representatividade; institucionalização e publicação dos interesses¹⁶².

Outro problema existente na Itália diz respeito ao fato do sistema italiano ser de jurisdição bipartida: há o Contencioso Administrativo para julgar as causas pertinentes à Administração Pública e a Jurisdição Comum, quando se tratar de direito subjetivo, o que acaba tornando ainda mais difícil a uniformização da matéria¹⁶³.

A bem da verdade, no sistema italiano não há legislação específica e adequada para tutela dos interesses de massa, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde existe um microsistema de tutela dos direitos de massa. O Código de Processo Civil italiano, assim como o Brasileiro, foi elaborado para resolver conflitos interindividuais, razão pela qual não é instrumento adequado para tutela dos direitos transindividuais¹⁶⁴.

Ada Pellegrini Grinover ressalta a timidez com que a matéria é tratada na Itália ao discorrer, por exemplo, que mesmo recente Lei sobre a disciplina dos consumidores e dos usuários ainda limita a legitimação para estar em juízo às associações representativas em nível nacional, que devem estar inscritas junto ao Ministério da Indústria, observadas diversas formalidades e restringe a via judiciária exclusivamente à ação inibitória¹⁶⁵.

Pelo menos nesse aspecto, o Brasil encontra-se mais avançado do que a Itália – país que sempre foi espelho para nós –, o que reforça o Estado Democrático de Direito pátrio em relação aos países tidos como de democracia mais avançada.

3.5.2 França

Na França, a exemplo do que ocorre na Itália, o sistema de justiça é bipartido. Porém, a tutela dos interesses de massa se destaca com relação à Itália.

A doutrina francesa enfatiza a necessidade de se enquadrarem os direitos coletivos no sistema processual, partindo-se da concepção da ação como o poder concedido aos

¹⁶² SILGUERO. Joaquín. La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de La legitimación de los grupos, p. 203-206 apud ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p. 109.

¹⁶³ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p.109.

¹⁶⁴ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p.110.

¹⁶⁵ GRINOVER. Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, Revista de Processo, v. 97, p. 14.

particulares de se dirigir à justiça, a fim de tutelar seus direitos legítimos¹⁶⁶. Quanto à tutela dos consumidores, existe na França um tratamento especial, iniciado pela Lei (*Royer*) do Comércio e do Artesanato de 27 de dezembro de 1973, que passou a legitimar as associações de consumidores para a tutela de seus direitos em juízo¹⁶⁷.

Ressalta Marcio Flávio Mafra Leal que, inobstante a legislação francesa exigir a presença da representatividade adequada, ela não admitia o ressarcimento individual sob o tratamento processual coletivo, nos moldes do previsto no artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro e na Regra 23 do direito norte-americano. Contudo, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor francês, de 22 de março de 1995, passou-se a admitir esse tipo de tutela, consoante dispõe o artigo 422-1 do mencionado diploma¹⁶⁸.

Inobstante algumas resistências encontradas em sede de jurisprudência, como a que afere a representatividade de uma associação através de critérios numéricos, a França encontra-se na vanguarda quando se trata de tutela jurisdicional coletiva. Contudo, ressalte-se que no sistema brasileiro há maior flexibilidade no que diz respeito à outorga de legitimidade às associações, bem como a matéria recebeu tratamento constitucional. Ademais, tão somente em 1995 passou a ser admitida na França a tutela processual coletiva dos direitos individuais homogêneos¹⁶⁹.

Em apertada síntese, na França há ações coletivas para defesa de direitos individuais, para defesa de direitos individuais indenizatórias e para defesa de direitos difusos, sendo os autores coletivos entidades públicas e associações¹⁷⁰.

3.5.3 Alemanha

Até o presente momento não há instrumentos adequados de tutela coletiva na Alemanha. Ademais, mesmo na doutrina existe divergência em relação à adoção ou não de tipos dessa espécie de tutela jurisdicional, a exemplo das *class actions* do direito norte-americano¹⁷¹.

¹⁶⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op.cit., p.111.

¹⁶⁷ Id. Ibid., p. 113.

¹⁶⁸ LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 175-177.

¹⁶⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op.cit., p.114-115.

¹⁷⁰ KOMATSU, Paula, op. cit., p. 115.

¹⁷¹ Id. Ibid., p. 115.

Consoante noção cediça, o direito alemão é fundado numa perspectiva individualista, portanto apresenta dificuldades em admitir a tutela dos direitos massificados ao exigir que estes sejam pessoais e diretos¹⁷².

A incipiente tutela dos direitos transindividuais se dá, na Alemanha, pela legitimação dos grupos organizados – associações -, e o meio para se obter a referida tutela é a denominada ação associativa (*Verbandsklage*), que é concebida como uma instituição que confere capacidade de atuação às associações mediante a aglutinação de interesses individuais. Trata-se de defesa de interesses de grupos que permanecem individualizados. Ademais, o grupo necessita de autorização expressa da lei ou geral de seus membros, conferindo-lhe poderes para a defesa desses direitos coletivos. A doutrina alemã não é unânime quanto à admissibilidade da ação associativa.

Também há divergência acerca da utilização das *class actions* norte-americanas como modelo de reforma do direito alemão, apontando alguns que estas só seriam válidas em determinadas oportunidades e que haveria o risco que se criarem artificialmente associações¹⁷³.

Ainda não há no direito alemão o reconhecimento *expresso* das ações coletivas; a tutela dos direitos coletivos pelos grupos tem se dado com base na lei sobre normas gerais de contratação e na lei de concorrência desleal.

O que se tem visto topicamente na Alemanha são ações coletivas para defesa de direitos difusos e para defesa de direitos individuais, propostas por associações em defesa do consumidor e de classe, sindicatos e, em alguns Estados, associações ambientalistas¹⁷⁴.

3.5.4 Espanha

No direito espanhol não existe ação coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos com pedido indenizatório, como a *class action for damages* do direito norte-americano e a ação coletiva de tutela indenizatória de direitos individuais homogêneos do direito brasileiro. Nem mesmo se admite ação coletiva com pedido indenizatório versando sobre direitos difusos¹⁷⁵.

Ainda assim, a denominada *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* pode ser considerada uma das mais avançadas no que se refere à defesa dos

¹⁷² ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p. 116-117.

¹⁷³ Id. Ibid., p.117.

¹⁷⁴ KOMATSU. Paula, op. cit., p. 122.

¹⁷⁵ Id.Ibid., p. 118.

consumidores e usuários, notadamente acerca da legitimação das associações em busca da tutela de direitos difusos¹⁷⁶.

Sobre a representatividade adequada na Espanha, a associação deve demonstrar empenho na defesa dos consumidores e não somente inscrevê-la em seus estatutos, o que não a caracterizaria com credibilidade necessária para representar direitos transindividuais dos consumidores, nos mesmos moldes do que ocorre na França e na Alemanha¹⁷⁷.

Além disso, o artigo 125 da Constituição espanhola prevê a possibilidade de o cidadão ajuizar ação popular.

Por derradeiro, saliente-se que na Espanha há ações coletivas para defesa de direitos difusos e para defesa de direitos individuais, no primeiro caso, podendo ser intentadas por indivíduos (ações populares ambientais) e, em ambos os casos, por associações¹⁷⁸. A despeito desses avanços, há um longo caminho a ser percorrido pela Espanha para que possa implantar um sistema moderno e adequado de tutela jurisdicional dos direitos massificados.

3.5.5 Estados Unidos

É o país com mais tradição na tutela dos interesses de massa, tanto que a ação civil pública brasileira foi inspirada nas *class actions* norte-americanas.

A tutela dos interesses de massa é herança inglesa, porém evoluiu e ganhou efetividade nos Estados Unidos da América. Vê-se, historicamente, que enquanto na experiência inglesa o número de ações coletivas foi declinando, nos Estados Unidos houve um florescimento na sua aplicação¹⁷⁹.

Corroborando o exposto, e a despeito das dissonâncias mencionadas anteriormente, a doutrina em grande parte reconhece que a origem das *class actions* se encontra no século XVII na Inglaterra, no denominado *Bill of Peace*, que era um procedimento surgido e só admitido na *Court of Chancery*, que exercia jurisdição de equidade (*equity*). Os juízes permitiam, em caso de interesse comum, que uma única pessoa pudesse iniciar ação contra várias outras pessoas, sem que houvesse a separação dos processos¹⁸⁰.

Destarte, passaram a existir nos Estados Unidos dois sistemas diferentes: um dos tribunais de direito (*law*) e outro dos tribunais de equidade (*equity*). Os tribunais de direito

¹⁷⁶ LEAL, Marcio Flávio Mafra, op. cit., p.177-180.

¹⁷⁷ Id. Ibid., p. 178-179.

¹⁷⁸ KOMATSU, Paula, op. cit., p. 117.

¹⁷⁹ LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 149.

¹⁸⁰ SILGUERO, Joaquín. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de La legitimación de los grupos*, p. 203-206 apud ALMEIDA, Gregório Assagra de, op.cit., p. 120.

eram mais formais, enquanto que os de equidade utilizavam fórmulas mais flexíveis de resolução de litígios. Os tribunais de equidade consolidaram, assim, dois elementos básicos para o futuro das *class actions*: a extensão dos efeitos das sentenças e a necessária concorrência de interesse comum ou coletivo¹⁸¹.

Nos Estados Unidos da América a primeira codificação sobre a matéria ocorreu em 1842, por intermédio da *Federal Equity Rule 48*, que admitia o ajuizamento desse tipo de ação de classe nas hipóteses em que fosse tão numerosa a quantidade de partes, que o comparecimento de todas elas em juízo causaria inconveniências no processo. Porém, ao tribunal cabia a tarefa de analisar se as partes presentes tinham condições de representar de forma suficiente os interesses dos ausentes. Ademais, a referida *Rule 48* não admitia que a sentença prejudicasse o direito material dos interessados ausentes¹⁸².

Inobstante o exposto acima, a Suprema Corte Americana, no ano de 1853, decidindo o caso *Smith v. Swormstedt* acabou por ignorar esta ressalva, entendendo que a adequada representação era suficiente para a extensão subjetiva da coisa julgada¹⁸³.

Em 1873, em decorrência do *Court of Judicature Act*, de 1873, houve a fusão entre os sistemas da jurisdição de direito (*law*) e da jurisdição de equidade (*equity*), o que fez com que a *class action* ficasse estruturada com características modernas, passando, inclusive, a ser adotada por outros países do sistema *common law*¹⁸⁴.

Em 1912, a *Equity Rule 48* foi revogada pela *Equity Rule 38*, que acabou com a proibição da extensão subjetiva da coisa julgada para os casos de adequada representação. Todavia, doutrina e jurisprudência continuaram oscilando sobre uma justificativa clara para a ação coletiva nos Estados Unidos, ou seja, sem que se recorresse ao modelo litisconsorcial, o que levou os redatores do Código Federal de Processo Civil dos Estados Unidos a buscar uma fórmula que permitisse a utilização das *class actions* em todos os tipos de processo. Assim, em 1938 a matéria foi reformulada e entrou em vigor, com nova redação, a *Rule 23* do *Federal Rules of Civil Procedure*¹⁸⁵.

A *Rule 23* tinha uma complexa redação que gerava polêmicas, o que deu ensejo a uma nova versão no ano de 1966, levada a cabo pela Suprema Corte Americana. A reformulação acabou com a regra do *opt in*, orientada pela teoria do consentimento, no sentido de que a representação adequada, para efeitos da extensão subjetiva da coisa julgada, somente seria

¹⁸¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op.cit., p., 120.

¹⁸² Id. Ibid., p.121.

¹⁸³ LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 151-152.

¹⁸⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class action e o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 12.

¹⁸⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 152.

possível caso houvesse consentimento expresso. Instalou-se a regra do *opt out*, cujo consentimento é presumido pela falta de manifestação em sentido contrário do interessado ausente que, notificado “da melhor maneira de acordo com as circunstâncias”, não optar pela sua exclusão do processo¹⁸⁶.

A alínea “a” da Regra 23 estabelece que um ou mais membros da classe podem demandar, ou ser demandados, como legitimados, no interesse de todos se: 1) a categoria for tão numerosa que a reunião de todos os membros se torna impraticável; 2) houver questões de direito ou de fato comum ao grupo; 3) os pedidos ou defesas dos litigantes forem idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe; e 4) os litigantes atuarem e protegerem adequadamente os interesses da classe¹⁸⁷.

Consoante se vê, esse tipo de ação poderá ser coletiva tanto no pólo ativo quanto no passivo da relação jurídica processual e todos os requisitos ora elencados são pressupostos de admissibilidade da *class action*.

Uma vez presentes esses pressupostos de admissibilidade contidos na alínea “a” da Regra 23, a ação deverá enquadrar-se numa das três subcategorias contidas na alínea “b”. Vejamos:

1) o ajuizamento de ações separadas ou em face de membro do grupo faça surgir risco de que: a) as respectivas sentenças nelas proferidas imponham ao litígio, contrário à classe, comportamento antagônico; b) tais sentenças prejudiquem ou tornem extremamente difícil a tutela dos direitos de parte dos membros de classe estranhos ao julgamento;

2) o litigante contrário à classe atuou ou recusou-se a atuar de modo uniforme perante todos os membros da classe, impondo-se um final *injunctive relief* ou um *declaratory relief* em relação à classe globalmente considerada; ou

3) o tribunal entenda que as questões de direito e de fato comuns aos componentes da classe sobrepujam as questões de caráter meramente individual e que a *class action* constitui o instrumento de tutela que, no caso concreto, mostra-se mais adequado para o deslinde da controvérsia¹⁸⁸.

No tocante à primeira hipótese, seu fundamento encontra-se justamente na necessidade de coerência do sistema jurídico, evitando-se decisões contraditórias, sendo esse tipo de ação coletiva de representação por necessidade da ordem jurídica. Ademais, essa espécie de ação demonstra o poder do juiz no sistema jurídico norte-americano, pois, em exceção aos

¹⁸⁶ LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 153-154.

¹⁸⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério, op. cit., p. 19.

¹⁸⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de., op.cit., p.124.

princípios da demanda e do dispositivo, o juiz americano pode transformar uma ação individual em ação formal e substancialmente coletiva, nela proferindo decisão que atingirá várias pessoas, que não estarão presentes na relação jurídica processual.

A maioria dos casos de ação coletiva nos Estados Unidos tem sido proposta com base na segunda hipótese e, em razão da decisão ter que ser uniforme para todo o grupo e por se tratar de transindividualidade necessária, é dispensável a notificação dos membros da classe, para que eles optem em pedir a exclusão do processo. É usualmente utilizada para tutela de direitos difusos relacionados com políticas públicas¹⁸⁹.

A terceira espécie de ação visa à tutela coletiva de pedidos condenatórios por danos materiais individualmente sofridos (*class actions for damages*), como ocorre com as devidas diferenças em relação à nossa *class action*, que visa tutelar direitos individuais homogêneos e está prevista nos artigos 91 e seguintes da Lei nº 8078/90.

Nesse tipo de ação indenizatória nos Estados Unidos é necessária a notificação de todos os membros da classe para que exerçam o direito à regra do *opt out*¹⁹⁰.

Não se pode deixar de mencionar os poderes dos órgãos jurisdicionais norte-americanos no tocante às *class actions*. Esses poderes se destacam desde a apreciação dos pressupostos de admissibilidade e dos pressupostos de desenvolvimento da ação. A cognição do órgão jurisdicional é repleta de discricionariedade, até porque a regra 23 não define quando a representação é adequada, quando o litisconsórcio é impraticável, ficando tudo isso a cargo do tribunal.

Além desses poderes, o tribunal poderá determinar a realização de todos os tipos de provas, para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, e mesmo os atos de disposição, como a renúncia e a transação, ficam a cargo da discricionariedade do tribunal¹⁹¹.

3.5.6 Inglaterra

O sistema inglês, raiz da *common law*, tem muita importância no que se refere à tutela dos interesses de massa. Consoante visto, a origem da *class action* dos Estados Unidos remonta ao *Bill of Peace* inglês, que era um tipo de procedimento surgido no século XVII,

¹⁸⁹ LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 158-159.

¹⁹⁰ Id. Ibid., p. 161.

¹⁹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério, op. cit., p. 23.

onde se admitia a ação por representação, para tutelar interesses coletivos perante a Jurisdição de Equidade (*Equity*), exercida pelo Tribunal da *Chancery*¹⁹².

Com a unificação das jurisdições da *equity* e da *common law*, ocorrida com a reforma da organização judiciária inglesa havida entre 1873 e 1875, todos os juízes passaram a ter competência para aplicar as regras da *common law* e da *equity* e, dentro da regras da jurisdição de equidade, que era exercida pelo extinto Tribunal da Chancelaria, está a *Rule 10* das *Rules of Procedures*, que admitia o ajuizamento de ações por representação, quando houvesse interesse comum envolvido¹⁹³.

Dentre os principais motivos que contribuíram para a redução (em verdade, quase que o desaparecimento) da ação coletiva na Inglaterra foi justamente a interpretação restritiva que estava sendo dada pela justiça inglesa ao sentido de interesse comum. Contudo, nas últimas décadas, notadamente em face do *Welfare State* e do movimento mundial para a efetividade do processo, a jurisprudência inglesa vem adotando interpretações de sorte a gerar o revigoramento do uso das ações coletivas¹⁹⁴.

Na Inglaterra existem atualmente dois tipos de ações coletivas: a *representative action* e a *relator action*. A primeira é a tradicional ação coletiva inglesa e possibilita que um ou mais indivíduos possam representar um grupo de que fazem parte, na defesa de interesse comum, atingindo os efeitos subjetivos da coisa julgada o representante e os representados. Já a segunda espécie, possibilita que um indivíduo que não tenha legitimidade para o ajuizamento da ação na defesa de direito difuso requeira ao Procurador-geral do Ministério Público (*attorney general*) autorização para o ajuizamento da ação,¹⁹⁵ conforme adredemente mencionado

Com efeito, a Inglaterra possui um sistema moderno de tutela de interesses de massa, contudo precisa ser aperfeiçoado, notadamente com a superação de obstáculos colocados pelos tribunais ingleses que não vêm admitindo a tutela dos direitos difusos por parte das associações.

3.5.7 Canadá

O Canadá também é herdeiro do sistema inglês. Todavia, a despeito de já ter avançado em sua legislação, notadamente no que diz respeito à tutela do meio ambiente, posto que a

¹⁹² ALMEIDA, Gregório Assagra de, op.cit., p.128.

¹⁹³ Id. Ibid., p. 129.

¹⁹⁴ LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 140.

¹⁹⁵ Id. Ibid., p. 141-145.

partir de 15 de fevereiro de 1994, a Província de Ontário passou a admitir o ajuizamento de ação por qualquer membro da comunidade para a tutela do meio ambiente, não é um país que possua um sistema ideal de tutela dos direitos de massa¹⁹⁶.

Na Província de Quebec, cujo sistema é um pouco diferente, posto que se trata de colonização francesa, a tutela dos direitos de massa é bem mais avançada, pois adota, por exemplo, a regra do *opt out* das *class actions* norte-americanas, de forma a exigir, assim, a notificação dos membros da classe para optarem ou não pela exclusão do processo¹⁹⁷.

3.5.8 Austrália e Nova Zelândia

São países filiados ao sistema de *common law* inglês, e, desta feita, herdaram a regra da *representative actions* prevista na Regra 10, já mencionada. Entretanto, não há nesses países muitos exemplos de ação para tutela de direitos difusos, sendo o número de feitos em tramitação ainda muito pequeno. Finalmente, esses países têm se inclinado para a admissão de ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, com pedido indenizatório¹⁹⁸.

3.5.9 Conclusão

De todo o estudado, vê-se que os Estados Unidos estão na linha de frente em matéria de tutela coletiva. Isso em decorrência da tradição de mais de um século no trato das ações coletivas naquele país, bem como da evolução das interpretações de seus tribunais.

O sistema jurídico brasileiro, ao menos no aspecto formal, está entre os mais avançados do mundo, especialmente na tutela dos direitos difusos, em que ações coletivas podem ser ajuizadas por associações, sindicatos, Ministério Público etc.

Impende ressaltar o fato de que em nenhum dos sistemas jurídicos mencionados o Ministério Público é tido como legítimo defensor dos direitos massificados, diversamente do que ocorre no Brasil, onde referida instituição é apontada como principal defensora dos direitos massificados no País. Isso ocorre em razão da independência funcional administrativa e orçamentária, além da especialização de seus órgãos de execução¹⁹⁹.

¹⁹⁶ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p.131.

¹⁹⁷ Id. Ibid., p. 131.

¹⁹⁸ LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 145-148.

¹⁹⁹ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p.133.

Dentro deste panorama, importante destacar que a Corte Suprema de Portugal, em setembro de 1997, entendeu possível a tutela por via da ação popular de direitos individuais homogêneos, utilizando na sua interpretação a doutrina e legislação brasileiras.

O sistema jurídico brasileiro sobre a tutela dos direitos transindividuais tem exercido influência também em ordenamentos da América Latina. A título de exemplo, Argentina e Uruguai introduziram, em suas respectivas legislações, a defesa dos direitos difusos e coletivos e a nova legislação argentina sobre as relações de consumo é moldada sobre o código brasileiro.

3.6 EVOLUÇÃO DO TEMA NO BRASIL

3.6.1 A Lei de Ação Popular

Consoante preleciona Gregório Assagra de Almeida, a origem da ação popular remonta ao direito romano, época em que a concepção predominante era a de que os bens públicos pertenciam aos cidadãos romanos, e não necessariamente ao Estado, tendo em vista que a teoria da personalização jurídica ainda não havia sido concebida. Todavia, as ações populares então existentes possuíam cunho eminentemente penal²⁰⁰.

Prosseguindo na linha evolutiva da ação popular, referido autor menciona que na Idade Média houve uma mitigação deste tipo de ação, uma vez que o poder político sofria fortes pressões advindas dos setores privados – Igreja e senhores feudais. O mesmo se deu durante toda a Idade Moderna, oportunidade em que a ação popular continuou adormecida.

O panorama começou a se alterar apenas na Idade Contemporânea, com o advento do Estado de Direito e do Regime Democrático, que passaram a considerar a ação popular como direito político de participação popular, assim como garantia instrumental preventiva e corretiva dos atos da administração pública.

No Brasil, a ação popular foi primeiro admitida pela Constituição de 1934, que em seu artigo 113, inciso 38, prelecionava: “*qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nullidade ou a anulação dos actos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios*”. Ressalte-se que, anteriormente, a Carta Imperial de 1824 trazia já um esboço de ação popular, mas de natureza penal.

²⁰⁰ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p.299.

A Constituição de 1937, porque fruto do autoritarismo vigente, suprimiu de seu texto referências à ação popular, que somente voltou a figurar no cenário jurídico brasileiro com a Constituição de 1946. Identicamente, a Constituição de 1967 e a Constituição (emendada) de 1969 conservaram a ação popular. Por seu turno, a atual Constituição de 1988 não só manteve tal espécie de ação, como também ampliou seu alcance. Frise-se, ainda, que no plano infraconstitucional foi editada, em 29 de junho de 1965, a Lei nº 4.717, que regulamenta a ação popular desde então.

Gregório Assagra de Almeida considera que houve ampliação do objeto da ação popular porquanto também poderão ser tutelados a moralidade administrativa e o meio ambiente, além do patrimônio público. O patrimônio histórico e cultural também poderá ser defendido por intermédio da ação popular, conforme expressa disposição do artigo 1º, §1º, da Lei nº 4.717/65, tendo em vista que tais bens estão inseridos no conceito genérico de patrimônio público²⁰¹.

Quanto à moralidade administrativa, frise-se que autores como José Carlos Barbosa Moreira sustentam que, para a propositura da ação popular, é imprescindível a demonstração da ilegalidade, sendo insuficiente a mera acusação de imoralidade. Ao reverso, José Afonso da Silva e Rodolfo de Camargo Mancuso consideram a imoralidade uma causa autônoma, fruto de uma ampliação constitucional às hipóteses de cabimento da ação popular, de modo que não será necessário comprovar efetiva lesão ao erário. É esta a posição adotada, identicamente, por Gregório Assagra de Almeida²⁰².

No que pertine ao meio ambiente, inovou o constituinte de 1988 ao permitir que o meio ambiente, direito difuso por excelência, fosse tutelado pelo cidadão, titular da ação popular, tendo por base o disposto no artigo 225 da Constituição Federal. Tal dispositivo impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, por considerá-lo bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Preleciona Gregório Assagra de Almeida, quanto à legitimidade ativa, que somente poderá propor a ação popular o cidadão, prevalecendo o entendimento de que a cidadania restringir-se-ia à capacidade eleitoral ativa, ou seja, o direito de votar (cidadania mínima). Contudo, para tal autor, o artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal não comporta uma exegese tão restrita. Com efeito, o artigo 1º, §3º, não teria sido recepcionado pela Constituição Federal, que consagra, em seu artigo 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana como

²⁰¹ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p.301.

²⁰² Id. Ibid., p. 302.

um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por este motivo é que o índio, o analfabeto que não se alistou, os que estejam com seus direitos políticos suspensos etc., poderiam ajuizar ação popular²⁰³.

Por todo o exposto, tendo em vista os objetos tutelados pela ação popular, constata-se que esta consiste em verdadeiro remédio disponibilizado aos cidadãos para a defesa de direitos difusos fundamentais²⁰⁴. Equivale, outrossim, a instrumento de democracia participativa, compatível com o disposto no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, quando estabelece que “*todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

Conquanto a ação civil pública, preconizada pela Lei nº 7.347/85, também se dedique, dentre outros direitos transindividuais, à proteção dos direitos difusos, não há se confundi-la com a ação popular.

Neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli aponta as seguintes diferenças entre ambas as espécies do gênero ações coletivas:

Distinguem-se ação popular e ação civil pública: *a) legitimação ativa* – na primeira, legitimado ativo é o cidadão; nesta, há vários co-legitimados ativos, como o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, as entidades da administração indireta, as fundações, as associações civis etc.; *b) objeto* – enquanto o objeto da ação popular é mais limitado, maior gama de interesses pode ser objeto da ação civil pública; *c) pedido* – conseqüentemente, na ação civil pública, o pedido pode ser mais amplo, pois não se limita à anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural²⁰⁵.

Ressalta o autor por último citado que não são transindividuais todos os interesses relacionados ao patrimônio público. Com efeito, a título exemplificativo, cita o caso de um valor estritamente econômico, de ordem fiscal, titularizado pela Fazenda Pública. Sem dúvida, trata-se de parcela do patrimônio público, que merece proteção via ação popular. Todavia, não consiste em um direito de índole transindividual (difuso, coletivo ou individual homogêneo), de maneira que não poderia ser tutelado por força de ação civil pública (exceto se o objeto desta se relacionasse à improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92)²⁰⁶.

Frisa, outrossim, que apesar de não haver, obrigatoriamente, estrita coincidência entre ação popular e ação civil pública, pode ser observada, no caso concreto, a ocorrência dos fenômenos da litispêndência e coisa julgada, além de conexão e continência. José Marcelo

²⁰³ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op.cit., p. 303.

²⁰⁴ Id. Ibid., p. 299.

²⁰⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. op. cit., p. 153.

²⁰⁶ Id. Ibid., p. 152.

Menezes Vigliar cita o interessante exemplo de continência entre ação civil pública e ação popular. Vejamos:

Um bom exemplo de continência verifica-se em relação à improbidade administrativa, cuja lei estamos considerando. Com efeito, a *ação civil pública* que venha a tutelar a probidade administrativa tutelar um objeto que contém o de eventual *ação popular*, porque ao autor popular não é dado postular em sua demanda as sanções de improbidade previstas na Lei nº 8.429/92, embora o ato de improbidade seja aquele mesmo ato imoral (do ponto de vista do direito administrativo) atacado pela *ação popular*²⁰⁷.

Quanto à litispendência, assevera Paulo Henrique dos Santos Lucon que coincidirão, necessariamente, os titulares dos direitos, quando duas ações coletivas (no caso, a ação popular e a ação civil pública) tiverem o mesmo objeto e a mesma causa de pedir. Isto porque, constatada a identidade de pedido, causa de pedir e titulares do direito coletivo, haverá identidade de ações, ainda que as partes processuais sejam distintas (por exemplo, o Ministério Público, na ação civil pública e o cidadão, na ação popular). Titulares do direito coletivo são os lesados pela vulneração ao direito transindividual, e não seus substitutos processuais (cidadãos ou legitimados para a ação civil pública)²⁰⁸.

Há de se ressaltar, igualmente, consoante adverte Gregório Assagra de Almeida, que a ação popular não é uma ação excludente de outras ações coletivas. Com efeito, a ação popular concorre com a ação civil pública, para a tutela dos interesses previstos nos artigos 5º, LXXIII e 129, III, da Constituição Federal²⁰⁹.

Por derradeiro, infere-se que a ação popular constituiu verdadeira antecessora das atuais ações coletivas²¹⁰, representando importante instrumento para a defesa, pelo cidadão, dos interesses mais caros à coletividade. Todavia, a ação popular vem sendo (como sempre foi) subutilizada, dado seu desconhecimento pelos cidadãos, ou utilizada indevidamente, como meio de instituir manobras e conflitos de índole eleitoreira. Espera-se que, em um futuro próximo, o cidadão brasileiro, cômico de seus direitos políticos de participação, faça da ação popular efetivo remédio para prevenção e correção das ilegalidades e imoralidades administrativas²¹¹.

²⁰⁷ VIGLIAR. José Marcelo Menezes, op. cit., p. 122.

²⁰⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 273.

²⁰⁹ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p.304.

²¹⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos, op. cit., p. 277.

²¹¹ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p.305.

3.6.2 A Lei Protetiva de Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (7913/89)

A lei nº 7913/89, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos materiais causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, foi a primeira a expressamente permitir a dedução de direitos individuais homogêneos em juízo, dedicando-se à tutela dos direitos dos investidores do mercado imobiliário que, mediante uma das condutas previstas em seu artigo 1º, incisos I e II, poderiam ser vítimas de danos divisíveis, mas que, de qualquer forma, tivessem a mesma origem. Note-se que a legitimidade ordinária de cada investidor fica mantida, facultando-se, contudo, a possibilidade de defesa de seus interesses de forma coletiva, mediante a previsão de algumas regras que, mais tarde, seriam repetidas nos artigos 91 a 100 da Lei nº 8078/90²¹².

Ada Pellegrini Grinover assevera que esse diploma legal foi o primeiro a instituir a *class actions for damages* no direito brasileiro, tendo, inclusive, legitimado o Ministério Público a adotar medidas judiciais para evitar prejuízos ou obter ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores mobiliários ou investidores do mercado²¹³.

3.6.3 A Lei de Ação Civil Pública

3.6.3.1 Introdução

A doutrina, ao falar em tutela jurisdicional coletiva, costuma dividir em dois momentos o cenário do direito processual brasileiro: um, de existência anterior à ação civil pública, em que não havia, salvo a Lei de Ação Popular e outras leis esparsas, formas efetivas de tutela dos direitos de massa; e outro, surgido com o advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85), que revolucionou o campo do direito processual, operacionalizando verdadeira transformação no instituto da legitimação para agir, possibilitando que determinadas entidades sociais comparecessem em juízo para a defesa de alguns dos principais direitos ou interesses coletivos.

A Lei de Ação Civil Pública significou o marco histórico de operacionalização de verdadeira transformação do ordenamento jurídico brasileiro no sentido de implementação de meios jurisdicionais de tutela dos direitos ou interesses massificados²¹⁴.

²¹² VIGLIAR. José Marcelo Menezes, op. cit., pgs. 7-8.

²¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 129.

²¹⁴ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p.334.

Ademais, há um divisor de águas entre a sua vigência e a entrada em vigor de Código de Defesa do Consumidor, posto que antes do referido diploma legal a proteção estava vinculada a algumas espécies de direitos difusos e coletivos em sentido estrito (ex: meio ambiente, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, etc.), e não existiam, notadamente no que diz respeito aos consumidores, normas materiais modernas que correspondessem aos verdadeiros anseios sociais. Posteriormente, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, exsurge nova fase em que, tanto pela interação entre diplomas legais (artigos 90, 110 e 117 do Código de Defesa do Consumidor) quanto pelo aumento profundo do alcance da Lei de Ação Civil Pública (inclusão do inciso IV do artigo 1º), constitui-se verdadeiro microsistema de tutela dos direitos ou interesses coletivos abrangendo, destarte, os direitos ou interesses difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos²¹⁵.

Com base nestas premissas, Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin sustenta que existem atualmente no Brasil três modalidades de ação civil pública, quais sejam: a) destinam-se à tutela dos direitos difusos; b) destinam-se à tutela dos direitos coletivos *stricto sensu*; c) destinam-se à tutela dos direitos individuais homogêneos²¹⁶.

Por fim, é necessário observar que o texto constitucional dá abertura muito grande para utilização da ação civil pública, pois a prevê em seu artigo 129, III, como instrumento processual de proteção ao patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Doutra banda, a nova redação do artigo 1º da Lei da Ação Pública, conferida pelo Código de Defesa do Consumidor está em consonância com o texto constitucional e com o princípio da não taxatividade da ação civil pública. Daí conclui-se que nenhum comando infraconstitucional pode restringir a aplicabilidade da ação civil pública, sendo ela instrumento processual hábil para a tutela jurisdicional de qualquer interesse ou direito coletivo, além dos expressamente arrolados nos incisos I, II, III, V e VI do artigo 1º da Lei nº 7347/85.

3.6.3.2 Denominação

A denominação ação civil pública surgiu vinculada ao Ministério Público, com a edição da Lei Complementar Federal nº 40, de 14 de dezembro de 1981 que, em seu artigo 3º,

²¹⁵ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p. 336.

²¹⁶ A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: MILARÉ, Édís (coord). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 119.

III, estabeleceu como função institucional do Ministério Público a promoção da ação civil pública, inicialmente como seu único legitimado, em diferenciação à locução ação penal pública. Todavia, com a incursão de outros legitimados ativos e considerando que toda ação é pública, ficou evidente tal impropriedade terminológica, tanto que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 87, procurando corrigir citada imperfeição, prefere a locução ação coletiva, por ser mais técnica e científica²¹⁷.

Contudo, a despeito da doutrina moderna ter demonstrado a impropriedade da denominação, esta foi incorporada na Lei nº 7347/85 e depois se tornou clássica ao adquirir *status* constitucional.

3.6.3.3 Objeto Material da Ação Civil Pública

Trata-se da proteção jurisdicional do direito coletivo em sentido amplo, sem prejuízo do cabimento de outras formas de tutela jurisdicional coletiva previstas, como o mandado de segurança, a ação popular e o mandado de injunção²¹⁸.

O inciso IV do artigo 1º da Lei nº 7347/85, acrescentado por força do artigo 110 da Lei nº 8078/90 deixa claro que seu objeto material é amplo, ao estabelecer que qualquer outro interesse difuso ou coletivo poderá ser tutelado pela ação civil pública, não mais se admitindo qualquer tipo de interpretação limitadora que venha implantar ou revigorar o sistema da taxatividade.

Dentro deste contexto, impende ressaltar que existe forte movimento que pretende limitar o objeto da ação civil pública, para que ela não possa ser instrumento de tutela de alguns direitos difusos e coletivos, especificamente no que tange às questões de natureza tributária e previdenciária.

Com efeito, o artigo 129, III da Constituição Federal, em conformidade com o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, consagra o princípio da não-taxatividade da ação civil pública. O texto constitucional é claro ao estabelecer que a ação civil pública poderá ser promovida para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos²¹⁹.

Desta forma, decisões jurisdicionais que restringem o campo de aplicabilidade da ação civil pública sob o argumento de que ela não pode ter como objeto o erário ou matéria

²¹⁷ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p.334.

²¹⁸ FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Direito Processual Ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 171.

²¹⁹ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op.cit., p.340.

tributária são flagrantemente inconstitucionais e prejudicam a própria sociedade e o Estado Democrático de Direito. Surpreendentemente, o próprio Supremo Tribunal Federal – o guardião da Constituição – já decidiu inconstitucionalmente no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública para a tutela de questões tributárias²²⁰.

Ademais, inconstitucional a Medida Provisória 2180-35/01 que acrescentou, por força de seu artigo 6º, o parágrafo único ao artigo 1º da Lei nº 7347/85, que restringiu o objeto material da ação civil pública, vedando sua utilização para demandas que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. O Governo Federal, nesta hipótese, legislou em causa própria ferindo tanto o artigo 129, III, quanto o artigo 5º, XXXV, ambos da Constituição Federal.

Em síntese, toda medida legal e jurisdicional tendente a limitar o campo de aplicabilidade da ação civil pública precisa ser revista para que se garanta a tutela jurisdicional coletiva de todos os direitos transindividuais, conforme permite expressamente a Constituição Brasileira.

3.6.4 Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor constitui juntamente com a Lei de Ação Civil Pública um microsistema integrado de tutela de direitos transindividuais, nos moldes do explanado.

A Lei nº 8078/90 avançou radicalmente rumo à efetividade da tutela coletiva no Brasil, tanto no plano material quanto no plano processual.

Por fim, seus principais aspectos processuais serão analisados de forma difusa ao longo do texto, razão pela qual aqui se faz apenas breve alusão ao diploma legal.

²²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 195.056-PR, In: *Informativo 174*.

4. PECULIARIDADES DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

4.1 INTRODUÇÃO

Inexiste unanimidade acerca da existência de atributos essenciais em torno dos quais seja lícito reunir uma categoria específica denominada direitos individuais homogêneos, distinta e autônoma em relação aos direitos individuais. Na realidade, o problema desloca-se da viabilidade de se conceituá-los para a análise do que representam no contexto social, e, por conseqüência, do exame das vantagens ou desvantagens da admissão judicial de demandas coletivas reunindo pretensões individuais em função da conexão objetiva pela causa de pedir ou pelo pedido²²¹.

A possibilidade de tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos traz ao menos duas grandes vantagens, a saber: 1ª) permite que parcela expressiva da população, economicamente alijada do acesso ao Judiciário, possa beneficiar-se das ações coletivas; 2ª) possibilita que cheguem ao Judiciário, questões que individualmente consideradas não obteriam tratamento jurisdicional adequado, pois apenas se tratadas em conjunto, apresentam relevância tal, que justifica possam ser perseguidas pelos entes legitimados a tanto, beneficiando, com isso, um grande numero de pessoas²²².

A título de introdução, ressalte-se que as ações coletivas, notadamente para tutela dos direitos individuais homogêneos, somente conseguirão prestar eficazmente seu papel se houver o correto equacionamento normativo dos seus três aspectos mais relevantes, quais sejam, a legitimidade para a causa, a litispendência e a coisa julgada.

4.2 ADVENTO

Sob o regime da Lei da Ação Civil Pública, a tutela coletiva nacional praticamente se restringia à proteção de direitos ontologicamente transindividuais; porém, consoante dito anteriormente, com a edição da Lei nº 7.913/89, pela primeira vez se permitiu expressamente a dedução de direitos individuais homogêneos em juízo. Todavia, em verdade, somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor, a proteção dessa espécie de direitos foi

²²¹ VENTURI, Elton, op. cit., p. 62.

²²² ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada e litispendência no Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 175.

sensivelmente ampliada, no sentido de viabilidade de se tutelar também determinada gama de direitos subjetivos individuais por intermédio da via coletiva²²³.

A expressão “direitos individuais homogêneos” foi cunhada, em nosso direito positivo, pela Lei nº 8.078/90, para designar um conjunto de direitos subjetivos “de origem comum” (artigo 81, parágrafo único, III), que, em razão de sua homogeneidade, podem ser tutelados por ações coletivas, na forma do Capítulo II, do Título III, do referido Código (artigo 91 e seguintes).

4.3 NATUREZA JURÍDICA

Rodolfo de Camargo Mancuso traça distinção entre a natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos e dos essencialmente coletivos ao classificar os primeiros como de interesse coletivo pela soma de interesses individuais, senão vejamos.

Nessa acepção, temos um interesse que só é coletivo na forma por que é exercido, não em sua essência. Um feixe de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo pelo só fato de o exercício ser coletivo. A essência permanece individual²²⁴.

Frise-se que, tecnicamente, revela-se inapropriada uma aproximação conceitual dos direitos difusos e coletivos (essencialmente transindividuais) em relação aos individuais homogêneos (acidentalmente coletivos).

A verdadeira ligação entre tais categorias é estritamente instrumental, e não substancial, visto que os direitos individuais homogêneos são considerados, apenas para fins de tutela jurisdicional coletiva, indivisíveis. De fato, há, por ficção legal, um acidente de coletivismo que torna a pretensão da obtenção da fixação da responsabilidade civil do infrator processualmente indivisível²²⁵.

Imprescindível que se esclareça, quando da análise do novo modelo de proteção dos direitos individuais homogêneos erigido pelo Código de Defesa do Consumidor, que não se trata propriamente de *tutela de direitos coletivos*, mas de *tutela coletiva de direitos individuais*, excepcionalmente reconhecida pelo sistema processual com o fito de incentivar a justiça das pretensões que, não fosse a via coletiva, jamais ou dificilmente seriam levadas à apreciação jurisdicional²²⁶.

²²³ VENTURI, Elton, op. cit., p. 63.

²²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit., p. 53.

²²⁵ VENTURI, Elton, op. cit., p. 68.

²²⁶ Id. Ibid., p. 69.

A afirmação segundo a qual os direitos individuais homogêneos assumem às vezes roupagem de direito coletivo e, desta maneira, podem ser classificados como acidentalmente coletivos, ou ainda, como subespécie dos direitos coletivos, deve ser entendida com reservas. É classificação decorrente, não de enfoque material do direito, mas, sim, de ponto de vista processual. O coletivo, conseqüentemente, diz respeito apenas à roupagem, ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tutelados. Porém, é imprescindível ter em mente que o direito material existe antes e independentemente do processo. Desta feita, na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: *genuínos direitos subjetivos individuais*. Tal realidade deve ser levada em conta ao se buscar definir e compreender os modelos processuais destinados à sua adequada e efetiva defesa²²⁷.

Todavia, a lesão a certos direitos individuais homogêneos pode assumir tal grau de profundidade que acaba também por comprometer interesses sociais. Há certos interesses que, visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a capacidade de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais do que a soma dos interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade como um todo²²⁸.

Indispensável, neste contexto, estabelecer os adequados limites distintivos no plano conceitual entre interesse social (interesse de preservação de valores relevantes para a comunidade como um todo) e direitos individuais homogêneos. Os primeiros são qualificados como direitos transindividuais, porém estes são, essencialmente, como já dito, direitos subjetivos individuais que, embora passíveis de tutela coletiva na via judicial, nem por isso perdem sua natureza, sob o ponto de vista material, de direitos pertencentes a pessoas determinadas, que sobre eles mantém o domínio jurídico²²⁹.

Quanto à homogeneidade, há de se salientar que não se trata de uma característica individual e intrínseca desses direitos subjetivos, mas uma qualidade que decorre da relação de cada um deles com os demais direitos oriundos da mesma causa fática ou jurídica. Em outras palavras, a homogeneidade não altera nem compromete a essência do direito, sob seu aspecto material, que continua sendo direito subjetivo individual.

Em suma, os direitos individuais homogêneos, nas palavras de Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em

²²⁷ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 57.

²²⁸ Id. Ibid., p. 58.

²²⁹ Id. Ibid., p. 58.

estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses ou direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica base (direitos coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais²³⁰.

4.4 A AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

4.4.1 Aspectos Gerais

As disposições normativas que tratam da tutela coletiva a direitos individuais homogêneos restringem-se geralmente a disciplinar a legitimação ativa. É o que ocorre com o artigo 5º, XXI e com o artigo 8º, III, da Constituição Federal. Todavia, o Código de Defesa do Consumidor foi mais longe, ao estatuir em capítulo próprio normas de procedimento das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos e, especificamente, ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, disciplinada nos artigos 91 a 100, onde estão previstas além da legitimação ativa, questões como atuação do Ministério Público como fiscal da lei, competência territorial, notas que a distinguem das demais ações, bem como outros pontos relevantes²³¹.

No artigo 94, a lei disciplina a adesão à ação coletiva, que, nos moldes atuais é facultativa. De certo modo, a lei até mesmo desestimula a intervenção de litisconsortes, na medida em que lhes impõe um risco, inexistente para aqueles que não participam do processo – o de sofrer os efeitos da coisa julgada decorrente da sentença de improcedência da ação coletiva (artigo 103, §2º). Relativamente aos demais interessados, que não aderirem ao processo, o efeito da coisa julgada somente se fará sentir se o pedido for julgado procedente (artigo 103, III).

O artigo 95 traz uma das mais importantes características desta espécie de ação coletiva, ao dispor: “*em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*”.

Finalmente, o artigo 93 da legislação consumerista dispõe ser competente para conhecer e julgar a ação coletiva proposta para defesa dos direitos individuais homogêneos, o

²³⁰ BENJAMIN. Antonio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: MILARÉ, Édis (coord.), op. cit., p. 96.

²³¹ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 192.

foro do local do dano, quando de âmbito local, ou o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

4.4.2 Repartição da Atividade Cognitiva

A ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos representa instrumento processual alternativo ao litisconsórcio facultativo previsto no Código de Processo Civil. Consiste num procedimento especial estruturado sob a fórmula da repartição da atividade jurisdicional cognitiva em duas fases, a saber: 1ª) constitui-se no objeto da ação coletiva propriamente dita, em que a cognição se limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados, ou seja, ao chamado núcleo de homogeneidade; 2ª) a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que a atividade cognitiva é complementada mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (margem de heterogeneidade)²³².

Na ação coletiva propriamente dita, as questões enfrentadas são unicamente as relativas ao núcleo de homogeneidade dos direitos individuais afirmados na demanda.

A repartição da atividade cognitiva é, pois, uma característica técnica inerente ao procedimento da ação coletiva para tutela dos direitos individuais homogêneos.

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho observa que a ação referente a direitos individuais só admite a feição coletiva enquanto a homogeneidade desses direitos, decorrentes de origem comum, permite que sejam desprezadas as peculiaridades agregadas à situação pessoal de cada interessado. Desta maneira, tornando-se relevante para o julgamento do feito verificar aspectos pessoais e diferenciados dos titulares dos direitos individuais, a tutela coletiva torna-se absolutamente inviável. Por isso, para que seja realmente coletiva a ação respeitante a direitos individuais, indispensável que sejam formulados pedidos individualmente indeterminados, que desprezem as peculiaridades agregadas à situação pessoal de cada interessado, para permitir a prolação de sentença genérica prevista em lei²³³.

A repartição da atividade cognitiva, destarte, representa mais uma importante diferença entre o procedimento da ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos e o da ação civil pública destinada a tutelar direitos transindividuais, em que a cognição é ampla,

²³² ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 166.

²³³ ARAÚJO FILHO. Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 120-121.

envolvendo a totalidade da controvérsia, como em qualquer procedimento comum ordinário²³⁴.

4.4.3 Legitimação Ativa por Substituição Processual e Sentença Genérica

Na primeira fase, a da ação coletiva propriamente dita, a demanda é promovida mediante substituição processual e, na segunda fase, a da ação de cumprimento, o regime é o de representação, em que o titular do direito postula, em nome próprio, o cumprimento, em seu favor, da sentença genérica de procedência da ação coletiva.

As normas de legitimação para ações em defesa de direitos individuais homogêneos geralmente identificam o rol dos entes legitimados, porém não são específicas quanto ao objeto da legitimação. O Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 81 e 82, traz a especificação dos entes legitimados.

Ante a pluralidade dos habilitados, pergunta-se se qualquer deles pode, em qualquer circunstância, defender em juízo direitos individuais homogêneos. A resposta é não, posto que há limitações e restrições implícitas e explícitas, consoante se logrará demonstrar a seguir.

4.4.3.1 Órgãos da Administração Pública Direta e Indireta

No que diz respeito às entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, somente estão legitimados aqueles *destinados* à defesa dos direitos em questão. Há, portanto, elo de vinculação entre o objeto da demanda e os fins institucionais do demandante. No que diz respeito às pessoas jurídicas de direito público interno, a lei não estabeleceu exigência semelhante, já que isso implicaria, desde logo, negar-lhes a legitimação. Todavia, também para tais entidades há uma limitação implícita, inerente ao interesse de agir, sendo indispensável a existência de algum vínculo entre o objeto da tutela e os interesses do ente público. Caso contrário, a legitimidade *ad causam* não lhe diz respeito²³⁵.

4.4.3.2 Ministério Público e a Tutela de Direitos Individuais Homogêneos

As fontes normativas da legitimação do Ministério Público para demandar em juízo a tutela dos direitos individuais homogêneos são variadas, ora especificando seu objeto, ora

²³⁴ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 168.

²³⁵ Id. Ibid., p. 178.

não. Especificando o objeto há a norma do artigo 82, I, da Lei nº 8078/90; a legitimação outorgada pela Lei nº 7913/89 para propor ação de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado imobiliário e, pelo artigo 46 da Lei nº 6024/74, para propor ação de responsabilidade pelos prejuízos causados aos credores por ex – administradores de instituições financeiras em liquidação ou falência. Em outros casos, a legitimação é genérica, como, por exemplo, no artigo 25, IV, a, da LONMP²³⁶.

Todavia, indiscutível a existência de limite implícito na legitimação do Ministério Público, decorrente de normas constitucionais previstas nos artigos 127 e 129, que demarcam a finalidade e o âmbito de suas atribuições e competências.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli²³⁷, em vista de sua destinação constitucional, o Ministério Público está legitimado à defesa de quaisquer interesses difusos, graças a seu elevado grau de dispersão e abrangência, o que lhes confere conotação social. Todavia, quanto à defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos, é preciso distinguir. A defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só pode ser feita pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do órgão. Dentro dessa linha, dispõe a Súmula 7 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, senão vejamos:

O MP está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou o acesso de crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que há extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.

Desta feita, o *parquet* não pode, por exemplo, propor ação coletiva para defender direitos individuais homogêneos de alguns importadores de carros danificados no transporte, sob pena de desvio de função institucional.

4.4.3.3 Entidades associativas

É equivocado o entendimento que somente caberá ação coletiva pelas entidades associativas quando seu objeto for a tutela de direitos individuais homogêneos decorrentes das relações de consumo. Tal afirmação faz tábula rasa das variadas hipóteses legais de legitimação para demandas coletivas, restringindo-as às do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, a legitimação conferida pelo artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, é ampla, estando a entidade associativa habilitada a promover ações coletivas de

²³⁶ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 179.

²³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., pgs. 86-88.

tutela de quaisquer direitos subjetivos dos seus filiados, desde que tais direitos guardem relação de pertinência material com os fins institucionais da associação²³⁸.

4.4.3.4 Sentença genérica

A sentença então prolatada denomina-se *genérica*, pois faz juízo apenas parcial dos elementos da relação jurídica posta na demanda, e não sobre todos eles, razão pela qual, em princípio, é sentença sem força executiva própria. Depende, para esse efeito, do advento de outro provimento jurisdicional, que complemente a atividade cognitiva, examinando os pontos faltantes.

Na esteira do anteriormente exposto, faz juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial. Ademais, se costuma afirmar que a generalidade na ação coletiva é bem mais acentuada que a das sentenças ilíquidas, previstas no artigo 475-A do CPC, pelo fato que além do *quantum debeatur* se busca o *cui debeatur*, ou seja, quem é o titular da prestação devida²³⁹.

4.4.4 Liberdade de Adesão do Titular do Direito Individual

Trata-se de característica própria da ação coletiva do direito brasileiro que, neste particular, se diferencia do modelo norte-americano. Na *class action for damages* do direito norte-americano, uma vez aceita a ação coletiva pelo juiz, os possíveis titulares dos direitos subjetivos individuais são dela notificados de maneira mais eficaz permitida pelas circunstâncias do caso. Feito isso, vigora o critério do *opt out*, a saber, os que deixaram de optar pela exclusão serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, dispensada a anuência expressa²⁴⁰.

O legislador brasileiro optou por solução diversa, qual seja, o princípio da integral liberdade de adesão ou não ao processo coletivo, que em caso positivo deve ser expressa e inequívoca por parte do titular do direito. Compreende-se nessa liberdade de adesão: 1º) a liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva; 2º) a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual, simultânea à ação coletiva, e,

²³⁸ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 181.

²³⁹ Id. Ibid., p. 169.

²⁴⁰ Id. Ibid., p. 175.

finalmente; 3º) a liberdade de executar, ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva.

Estabelece o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor que, proposta ação coletiva, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo da ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor. Ademais, o artigo 103, dispõe que nas ações coletivas de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes* tão somente no caso de procedência do pedido, sendo que, em caso de improcedência, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

No tocante às ações individuais propostas em data anterior, estabelece o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor que as ações coletivas não induzem litispendência; todavia, os efeitos da coisa julgada *erga omnes* decorrentes da sentença de procedência nelas proferidas não beneficiarão os autores das ações individuais, caso não seja requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento de ação coletiva.

No que se refere à sentença de procedência, a sua execução (cumprimento) em favor do respectivo titular individual dependerá sempre de sua iniciativa (artigo 97), inclusive quando se tratar de ação coletiva (artigo 98), posto que dependerá de expressa concordância do titular individual do direito homogêneo.

Deste conjunto normativo resta evidente que o titular de direito subjetivo individual que não aderir à ação coletiva está imune a qualquer conseqüência desfavorável à sua situação jurídica. Ao assim proceder correrá menos riscos do que se optar pela adesão. Se aderir, poderá ter voltados contra si os efeitos da coisa julgada decorrentes da eventual sentença de improcedência da ação coletiva. Se não aderir, terá em seu benefício a sentença de procedência que nela vier a ser proferida. Esse benefício somente lhe será negado caso, além de não aderir, prefira dar continuidade, desde logo, à sua demanda individual paralela, hipótese em que estará vinculado a sentença nela proferida.

A liberdade de vinculação assegurada ao titular do direito material no direito brasileiro realça a natureza dos direitos individuais homogêneos que em regra são tutelados em juízo pelos seus próprios titulares. A tutela coletiva, assim, resulta não de contingência imposta pela

natureza do direito tutelado, mas sim de política legislativa, na busca de mecanismos que potencializem a eficácia da prestação jurisdicional²⁴¹.

4.4.5 Litispêndência

Tecnicamente, o estudo da litispêndência no âmbito das ações coletivas envolve duas vertentes: a primeira relaciona-se com a verificação da litispêndência entre a ação coletiva e a ação individual que verse sobre direito que esteja vinculado à primeira. A segunda diz respeito à determinação da litispêndência entre ações coletivas, ainda que de espécies diversas.

O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor consagra duas regras com objetos distintos. A primeira afasta categoricamente a litispêndência entre ações coletivas e ações individuais. A segunda disciplina a extensão dos efeitos da coisa julgada material havida no processo coletivo ao interessado que ajuizou ação buscando a reparação de lesão ao seu direito individual²⁴².

No primeiro caso, a justificativa para a inexistência de litispêndência é que ação coletiva, em tese, não substitui a ação individual, não esgota seu objeto, nem possibilita, por si só, a obtenção total dos mesmos resultados que poderiam ser obtidos mediante a ação individual. Com efeito, na ação individual, a cognição é completa sob o aspecto horizontal, envolvendo todos os pontos do direito material controvertido, inclusive os pertinentes à específica relação obrigacional de que é titular o demandante; na ação coletiva, todavia, o âmbito cognitivo é restrito ao núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados.

Desta maneira, pode haver identidade quanto às partes e quanto à causa de pedir, o pedido, porém, é diverso. O que pode haver, desta feita, é conexão de ações, nos moldes do artigo 103 do Código de Processo Civil, a determinar, na medida do possível, o processamento conjunto, no juízo da ação coletiva, de todas as ações individuais, anteriores ou supervenientes²⁴³.

Por seu turno, no tocante à litispêndência entre ações coletivas, é a identidade do pedido, de causa de pedir e de substituídos processuais que revela a repetição da mesma ação coletiva, apesar de as partes ativas formais serem diferentes.

²⁴¹ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 177.

²⁴² MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispêndência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o código de defesa do consumidor e os anteprojetos do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 196.

²⁴³ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 195.

Postas estas premissas, insta salientar que dispõe o Código de Defesa do Consumidor que, havendo concomitância entre ação coletiva e ação individual, o autor da demanda individual, caso queira beneficiar-se da decisão da ação coletiva, deverá requerer a suspensão de sua demanda no prazo de 30 dias contados a partir da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

A esse respeito, leciona Ada Pellegrini Grinover:

...se o autor preferir, poderá requerer a suspensão do processo individual no prazo de 30 dias a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. Nesse caso, ele se beneficiará da coisa julgada que vier a se formar na ação coletiva. Sendo improcedente, o processo individual retomará seu curso, tudo de acordo com os critérios da extensão subjetiva do julgado *secundum eventum litis* adotado pelo Código²⁴⁴.

Contudo, caso não se tenha pedido a suspensão da ação individual, não se poderá aproveitar do resultado da sentença coletiva.

Como visto, é possível a existência de litispendência entre ações coletivas, haja vista que, a despeito dos legitimados serem diversos, mas tendo em vista a idêntica função que exercem no processo, bem como o mesmo conflito de interesses levado a juízo e com fundamento na mesma causa de pedir, daí se falar em litispendência entre ações coletivas, desde que em defesa do mesmo direito, nos mesmos moldes do disposto no artigo 30 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero - América²⁴⁵.

4.4.6 Coisa Julgada

A coisa julgada corresponde à imutabilidade do comando, do conteúdo da sentença, da norma jurídica concreta formulada pelo Magistrado naquele ato processual para disciplinar a relação material litigiosa posta em juízo.

Tais regras, no que se refere à tutela dos direitos individuais homogêneos, estão inscritas no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Ali se estabelece que a coisa julgada será *erga omnes* somente em caso de procedência do pedido (inciso III). Em caso contrário, tem-se que o juízo de improcedência atinge, com força vinculante, os que tiverem aderido ao processo coletivo, em atendimento ao edital previsto no artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, se o pedido for julgado procedente haverá coisa julgada material para todos os legitimados extraordinários, que não poderão mais ajuizar ação coletiva com o mesmo pedido

²⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 943.

²⁴⁵ ALVIM, Eduardo Arruda, op. cit., p. 188.

e causa de pedir. Haverá, também, extensão da imutabilidade do julgamento aos interessados, isto é, às vítimas do ato praticado pelo réu da demanda coletiva, que estarão dispensadas da propositura de ações individuais cognitivas para tutela de sua situação pessoal, pelo fato de ter-se formado título executivo em seu favor. A efetiva reparação da lesão individual está condicionada apenas à propositura da liquidação e execução individual, nos termos do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, hipótese em que se fará a prova do dano individual, do seu nexos com o fato apurado na ação coletiva e do montante dos prejuízos.

Em sede de direitos individuais homogêneos, ocorrendo o trânsito em julgado da sentença de improcedência do pedido, fica inviabilizada a tutela futura dessa espécie de direitos por via da ação coletiva, considerando-se iguais interessados, causa de pedir e pedido²⁴⁶.

Contudo, cada interessado pode postular, individualmente a reparação do seu direito, em ação própria, salvo se tiver ingressado no processo coletivo como assistente qualificado nos termos do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor.

Joaquim Felipe Spadoni, em posição minoritária, classifica a intervenção dos titulares dos direitos individuais homogêneos nas ações coletivas como uma assistência simples coletiva, não ostentando os mesmos poderes do legitimado ativo extraordinário, como, exemplificativamente, recorrer, alterar o pedido, causa de pedir etc, razão pela qual, por dispor de poderes processuais restritos, o interessado interveniente não poderia ficar vinculado ao julgamento de improcedência da ação coletiva, haja vista que não participou efetivamente do contraditório, não influenciando, de forma relevante, destarte, no julgamento do mérito²⁴⁷.

Caso não tenha havido a sua intervenção, a vítima do evento poderá livremente ingressar com sua ação individual. A coisa julgada da ação coletiva não pode, destarte, prejudicar os titulares dos direitos individuais, não podendo ser utilizada pelo réu como defesa na ação individual para precipitar a extinção do processo sem julgamento de mérito. Há, pois, extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva.

Porém, na prática, não reside vantagem o ingresso do indivíduo no processo, haja vista que, atuando como litisconsorte, poderá sofrer os efeitos da improcedência. Caso contrário,

²⁴⁶ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 203.

²⁴⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos. In: DIDIER Jr., Fredie; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004, p. 497

será beneficiado pelo resultado positivo do processo, além de não ser prejudicado pelo negativo, nos termos do artigo 103, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Tal substituição processual, todavia, não é idêntica àquela expressada no Código de Processo Civil; afinal de contas, quando o substituto age em nome próprio pleiteando a afirmação do direito de outrem, sendo a demanda julgada improcedente, o substituído não poderá mais rediscutir seu resultado, pelo fato de que os efeitos da coisa julgada material o atingem. Não é o que se passa, todavia, com a substituição processual de que trata o artigo 81, parágrafo único, III do Código de Defesa do Consumidor.

Diferentemente do que ocorre com a coisa julgada referente aos direitos difusos e coletivos, no caso dos individuais homogêneos a não ocorrência da coisa julgada e a possibilidade de repositura da ação não se vinculam à extinção da ação por insuficiência de provas, sendo que somente haverá coisa julgada *erga omnes* na hipótese de procedência do pedido. Em caso de improcedência da ação, qualquer que seja a causa, aqueles que não se habilitaram como litisconsortes poderão propor ações individuais.

Se, todavia, for julgada procedente a ação coletiva tratando de direitos individuais homogêneos, mesmo aqueles que não tenham integrado o pólo ativo da ação, na qualidade de litisconsortes, poderão se beneficiar da decisão.

Ademais, estabelece o artigo 104, segunda parte, que 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 30 dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, conforme dito anteriormente.

Se o autor da ação individual, cientificado da pendência da ação coletiva, requerer, no trintídio legal, a suspensão do seu processo, haverá a extensão *in utilibus* da imutabilidade do provimento jurisdicional de procedência do pedido na ação coletiva e o demandante individual, em seu favor, um título executivo. Se, ao contrário, for julgado improcedente o pedido na ação coletiva, a suspensão do processo individual não acarretará qualquer gravame, de maneira que o processo individual retomará seu curso e a postulação formulada poderá ser acolhida²⁴⁸.

É possível que o autor da ação individual, a despeito da ciência nos autos da existência de ação coletiva, não requeira a suspensão do processo, exercendo, destarte, o seu direito de exclusão do âmbito da coisa julgada coletiva. Destarte, o trânsito em julgado da sentença de

²⁴⁸ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 203.

improcedência em nada prejudicará o direito do interessado. Por outro lado, o provimento jurisdicional de procedência não o favorecerá. Isto significa que, caso ainda não tenha sido prolatada sentença de mérito no processo individual, o órgão jurisdicional poderá decidir a questão contrariamente ao pronunciamento emitido na ação coletiva. Enfim, a decisão de procedência da tutela coletiva servirá, no máximo, como precedente capaz de influir no convencimento do magistrado da ação individual²⁴⁹.

Infere-se, pois, que a suspensão do processo individual sempre beneficia seus autores, ao passo que, não sendo postulada a suspensão, a ação individual não sofre os efeitos do julgamento de mérito da ação coletiva, sejam eles benéficos ou desfavoráveis.

A suspensão subordina-se à concordância expressa do autor, não podendo ser ordenada de ofício pelo magistrado, com o fito de ensejar economia processual e evitarem-se decisões contraditórias, sob pena de violação da regra literal do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor²⁵⁰. Conclui-se desse conjunto de normas que o legislador não estimula nem o ingresso dos interessados como litisconsortes e nem o ajuizamento ou o prosseguimento de ações individuais paralelas. O estímulo, portanto, é no sentido de aguardar o desenlace da ação coletiva, promovendo, se for o caso, a suspensão da ação individual em curso.

Questão polêmica diz respeito à Lei nº 9494/97, que alterou o artigo 16 da Lei nº 7347/85, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, 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

A doutrina, em sua quase totalidade, manifesta-se no sentido da inconstitucionalidade da alteração legislativa operada, no que tange a limitar os efeitos da coisa julgada à competência territorial do órgão prolator. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, vem se manifestando pela aplicabilidade do dispositivo legal criticado²⁵¹.

Entende-se na doutrina majoritária que alteração é inapta para modificar os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas por diversos motivos, dentre os, exemplificativamente: 1º) desde a edição do Código de Defesa do Consumidor, o regime da coisa julgada está nele completamente regulado, tendo havido revogação da Lei nº 7347/85 quanto à matéria; 2º) o dispositivo “embaralha” os institutos da competência, enquanto

²⁴⁹ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 204.

²⁵⁰ Id. Ibid., p. 204.

²⁵¹ 2ª T., Resp 642.462/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 08.03.2005, DJU 18.04.2005, p.263.

medida ou limite da jurisdição, e da coisa julgada, cujos efeitos transcendem o âmbito da competência territorial do órgão prolator. Consoante noção cediça, as regras de competência apenas informam qual órgão jurisdicional detém poder para processar e julgar determinada demanda, ao passo que o balizamento da coisa julgada é estabelecido pela relação jurídica material litigiosa, moldada pelo pedido e pela causa de pedir; 3º) vício formal, for ter resultado de conversão de medida provisória para regramento de matéria processual; 4º) contraria princípios constitucionais, como razoabilidade, proporcionalidade, na medida em que desfigura a ação coletiva, ao gerar sua fragmentação em milhares de demandas repetitivas e desnecessárias, proporcionalmente ao número de circunscrições judiciárias existentes no País, com resultados prejudiciais para a economia processual e para a racionalidade do funcionamento do Judiciário, transgredindo, por fim, o princípio da eficiência, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal; 5º) coloca-se em risco a isonomia e a previsibilidade das relações jurídicas, menoscabadas pelo aumento do risco de decisões contraditórias para casos idênticos²⁵².

Importante considerar, ademais, que o disposto no artigo 2º-A da Lei 9494/97, que diz que a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, é de indiscutível retrocesso e incompatível com a tutela coletiva.

Extrai-se da leitura dos referidos dispositivos legais que a intenção do legislador é não apenas enclausurar territorialmente a eficácia da sentença e a imutabilidade da coisa julgada coletiva, como circunscrevê-la, no caso de associação de classe, aos seus filiados, o que importa em afronta à concepção de tutela coletiva como instrumento para tutela de todos aqueles que foram efetivamente atingidos pela conduta do réu, pouco importando se tais indivíduos são filiados à associação autora²⁵³.

Consoante exposto por Antonio Gidi

...o relevante para a ação coletiva não é determinar quem é ou quem não é membro da associação autora, mas quem compõe a coletividade, i.e., quem compõe o grupo, a categoria ou classe titular do direito violado, de sorte que qualquer pessoa que tenha sido violada pelo ato ilícito do fornecedor faz parte da coletividade e vice-versa²⁵⁴.

²⁵² MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 205.

²⁵³ Id. Ibid., p. 206.

²⁵⁴ GIDI, Antonio, op. cit., p. 129.

Com efeito, a ação coletiva é criação jurídica destinada para a solução molecular de conflitos, que não devem esfarelar-se em numerosos e prescindíveis processos de conteúdo essencialmente idêntico. Deve servir como instrumento para a racionalidade e eficiência do funcionamento do aparato judiciário, ao dispensar a ampliação dos recursos humanos e materiais, quase sempre difícil em face das limitações orçamentárias típicas de um país em desenvolvimento.

Ademais, há de se ponderar que a ação coletiva brasileira, no caso dos direitos individuais homogêneos, somente atinge seu desiderato de eliminar ações individuais repetitivas no caso de procedência do pedido, em que resta apenas a liquidação do dano individual. No caso de improcedência, o seu potencial de contenção de litigiosidade é bastante limitado, haja vista que há possibilidade de ajuizarem-se numerosas ações individuais nas quais se discute a mesma tese já rejeitada na ação coletiva, sem que haja possibilidade de extinção do processo sem julgamento de mérito com base na coisa julgada.

Neste caso, o que se percebe é que o princípio da isonomia é duplamente violado. A uma, em decorrência do fato de que milhares de indivíduos poderão ajuizar sua ação, surgindo julgamentos antagônicos, o que fará com que indivíduos que se encontram na mesma situação recebam tratamento diferenciado. Exsurge o que Eduardo Cambi denominou “jurisprudência lotérica”, o que pode encorajar as partes, inclusive, a fazer uso de expedientes ardilosos com o fito de burlar os princípios da livre distribuição e do juiz natural. A duas, a igualdade é afrontada quanto ao tratamento conferido às partes da ação coletiva. Forma-se um processo em que a tutela jurisdicional somente é útil e efetiva ao autor, tendo em vista o fato que a defesa formulada pelo réu, por mais diligente, custosa e esmerada, não vai lhe trazer grandes vantagens, diante da possibilidade de propositura de ações individuais por parte de seus titulares²⁵⁵.

A adoção de um modelo de coisa julgada *erga omnes, pro et contra*, isto é, de extensão da imutabilidade do julgamento de mérito da ação coletiva, qualquer que seja o seu conteúdo, demanda alterações na estrutura atual das ações coletivas no Brasil.

Por fim, no que concerne à necessidade de notificação dos membros do grupo, mostra-se importante apontar o método norte-americano. Com efeito, aplica-se o modelo de exclusão das *class actions*, reguladas pela *Rule 23*, das *Federal Rules of Civil Procedure*. Nas chamadas *not mandatory class actions*, equivalentes às ações coletivas para a tutela de

²⁵⁵ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 208.

direitos individuais homogêneos do direito brasileiro, é ordenada pelo juízo a notificação de todos os integrantes do grupo ou classe (*fair notice*), com o fito de que manifestem seu interesse de não se sujeitar a coisa julgada (*right to opt out*), podendo, outrossim, intervir no processo coletivo. Não havendo a exclusão no prazo assinalado, o indivíduo se vinculará ao julgamento da ação, seja ele favorável ou não (*whether or not favorable*). O indivíduo só poderá propor ação individual se demonstrar que requereu sua exclusão tempestivamente ou não foi notificado pelo juiz da ação coletiva. O sistema tem arrimo, também, na verificação rigorosa da representatividade adequada (*adequacy of representation*) no caso concreto. Se constatar a falta de tal requisito o juiz indeferirá o prosseguimento da ação como *class action*, extinguindo o processo sem julgamento de mérito. Em caso contrário, o legislador parte da premissa de que os membros da categoria têm interesse em se submeter ao seu julgamento, a menos que emitam manifestação volitiva em sentido oposto²⁵⁶.

Poder-se-ia argumentar que a notificação de todos os membros do grupo, categoria ou classe seria inviável, sobretudo em função do tamanho continental do País, da ignorância e do precário nível social de ampla parcela da população, da carência de recursos do Poder Judiciário.

Contudo, em primeiro lugar, a forma de comunicação deve ser flexível, adaptada ao caso concreto, podendo dar-se de diversas maneiras, a saber: correio, oficial de justiça, meios de comunicação de massa, fatura, conta, extrato bancário etc, sempre tendo em vista a modicidade e a eficácia do meio para o fim colimado.

Especificamente para a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, o Código traçou alguns procedimentos a serem observados, como, por exemplo, a publicação de editais para que eventuais interessados ingressem no processo como litisconsortes (artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor).

4.4.7 Ação de Cumprimento: Liquidação e Execução da Sentença Genérica

Julgado procedente o pedido na ação coletiva, o artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor define que o cumprimento da sentença genérica será promovido mediante nova demanda a ser dividida em duas fases distintas, a saber: a de liquidação, destinada a complementar a atividade cognitiva; e a de execução, em que serão levadas a efeito as

²⁵⁶ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispêndência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 208.

atividades práticas destinadas a satisfazer efetivamente o direito do lesado, com a conseqüente entrega da prestação devida ao seu titular ou, se for o caso, aos seus sucessores.

A primeira fase configura hipótese típica de liquidação por artigos, ante a necessidade de se alegar e provar fato novo, nos moldes do que dispõe o artigo 475-E do Código de Processo Civil.

No que se refere à competência, a ação de cumprimento não está subordinada ao princípio geral, inspirador do sistema do Código de Processo Civil (artigo 475-P), segundo o qual o juízo da ação é também o juízo da execução. Isto porque o juízo da sentença primitiva foi limitado quanto à cognição, que ficou restrita ao núcleo de homogeneidade dos direitos. A especificação da matéria dar-se-á, na verdade, nessa segunda etapa da atividade cognitiva. Ademais, dependendo do caso concreto, a adoção do referido princípio deixaria o titular do direito subjetivo em condições piores do que se tivesse promovido desde logo sua demanda individual, o que ocorreria com os demandantes cujo domicílio é outro que não o do juízo da ação coletiva²⁵⁷.

Por tais razões, não faz sentido aplicar aqui o princípio da vinculação necessária entre o juízo da ação e juízo da execução. A competência para a ação de cumprimento tem sido determinada pelas regras gerais do Código de Processo Civil, notadamente o Livro I, Título IV, a exemplo do que ocorre com a liquidação e execução da sentença penal condenatória e dos títulos executivos extrajudiciais.

4.4.7.1 Legitimação ativa para a ação de cumprimento

Obtida a sentença genérica de procedência na ação coletiva, cessa a legitimação extraordinária. A ação específica para seu cumprimento, em que os danos serão liquidados e identificados os respectivos titulares, dependerá de iniciativa do titular do direito lesado, que será, destarte, representado e não substituído no processo²⁵⁸.

A ação de cumprimento será proposta em regime de representação e não de substituição processual.

Nos termos do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, decorrido um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. O produto

²⁵⁷ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 197.

²⁵⁸ Id. Ibid., p. 204.

da indenização reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7347/85. Aqui sim se trata de regime de substituição processual.

No que tange à execução individual, a legitimação será ordinária e dependerá de comprovação pelo autor da ação do nexo de causalidade entre o dano genérico e o prejuízo por ele sofrido individualmente.

4.4.7.2 Objeto da ação de cumprimento na fase de liquidação

Na sua primeira fase, a da liquidação, a ação de cumprimento visa completar a atividade cognitiva, que foi apenas parcial, preparando, assim, as condições para a execução, quando então se efetivará concretamente a satisfação do direito em favor de seu titular.

O processo de execução tem por escopo dar cumprimento à referida norma individualizada, mas a tutela executiva somente poderá ser reclamada quando a obrigação cujo cumprimento se quer ver atendido esteja perfeitamente delineada, tanto objetiva quanto subjetivamente. Em síntese, não se desencadeia qualquer ato de execução forçada enquanto o título executivo não estiver completo, notadamente o seu sujeito ativo, passivo, prestação devida, com liquidez, certeza e exigibilidade perfeitamente definidas²⁵⁹.

Entre as hipóteses de sentença genérica previstas em nosso ordenamento encontra-se a que julga ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos (artigo 95, da Lei nº 8.078/90). Nela, consoante exposto, não há a determinação do valor da prestação tampouco a identificação dos sujeitos ativos da relação de direito material, razão pela qual não tem eficácia executiva. Essa atividade de complementação se dá em fase processual autônoma, qual seja, liquidação de sentença.

No que se refere à sentença genérica da ação coletiva, à sua liquidação se atribui o nome de ação de cumprimento. Trata-se de ação cognitiva, destinada a definir o valor da prestação a ser executada, ou o seu objeto ou o titular do direito, formando, destarte, integrada à sentença anterior, título que habilita o credor à tutela executiva²⁶⁰.

Havendo necessidade de alegar e provar fato novo, como prevê o artigo 475-E do CPC, a liquidação de sentença genérica proferida na ação coletiva é típica liquidação por artigos. O fato novo, na liquidação de sentença genérica da ação coletiva, é o que resulta da margem de heterogeneidade dos direitos subjetivos: a definição da sua titularidade e da sua

²⁵⁹ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 198.

²⁶⁰ Id. Ibid., p. 199.

exigibilidade pelo demandante da liquidação, bem como o montante a ele particularmente devido²⁶¹.

4.4.7.3 Fase de Execução

Na sistemática atual, o decreto condenatório proferido em sede de ação coletiva destinado à tutela dos direitos individuais homogêneos deverá ser sempre genérico, ou seja, ilíquido, conforme dicção do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, a sentença restringir-se-á a condenar genericamente, declarando a responsabilidade civil, porém, relegará a outra ação a ser proposta, individualmente, para fixação do valor devido.

Nota-se, assim, que exsurge pouco ou nenhum benefício para desobstrução do Judiciário e para facilitação do acesso à Justiça, porque da mesma forma terão que, individualmente, exercer as mesmas atividades que seriam desenvolvidas se tivessem ajuizado, desde o início, uma ação de conhecimento.

Hoje, pouco mais de quinze anos após a criação do Código de Defesa do Consumidor, vê-se que a sistemática revelou-se inoperante para a grande missão a que se destina, qual seja, a de facilitadora do acesso à justiça²⁶².

Nesse passo, diante da ineficácia ora aludida, os Anteprojetos a serem estudados em seguida propõem alterações no trato da questão, como veremos no tópico pertinente.

A decisão judicial proferida na fase de liquidação complementa a atividade cognitiva, definido os elementos da norma jurídica concreta não enfrentados pela sentença genérica. Com isso, o titular do direito subjetivo fica habilitado a requerer a promoção dos atos da vida que visem à efetiva e definitiva satisfação da prestação devida.

O título executivo será o conjunto documental composto pela sentença genérica proferida na ação coletiva e pela decisão específica proferida na ação de cumprimento (= liquidação por artigos), que a complementou.

²⁶¹ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 201.

²⁶² COUTO. Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 303.

4.4.8 Restrições à Ação Coletiva Impostas pelo Legislador Ordinário

Consoante mencionado anteriormente há limitações ao cabimento de tutela coletiva estabelecidas pelo ordenamento jurídico infraconstitucional, ditadas por razões de política legislativa. É o caso, por exemplo, do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7347/85 (introduzido pela MP nº 2180-35/2001), segundo o qual não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Embora o preceito esteja inserido na Lei que trata de ação civil pública para tutela de direitos transindividuais, na verdade, destina-se a restringir demandas coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos. Tal restrição deve ser vista com reservas, para não comprometer o artigo 5º, XXV, que não contém limites materiais explícitos quanto ao objeto da demanda²⁶³.

²⁶³ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 192.

5. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

5.1 INTRODUÇÃO

Nas palavras de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, “*os direitos individuais são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, ou até indesejáveis, dentro desse meio instrumental que é a tutela judicial coletiva*”²⁶⁴.

O estigma não passa de preconceito e resistência diante dos novos instrumentos processuais. A defesa coletiva de direitos individuais homogêneos atende aos ditames de economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para os conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas repetitivas, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular²⁶⁵.

Com efeito, há necessidade de legislação específica para tratar exclusivamente do regime da tutela coletiva de forma separada do regime da tutela individual. O grande defeito da praxe jurídica atual consiste na dificuldade em se livrar das amarras postas pelo pensamento que informa a tutela individual e na insistência de usar, para ela, institutos emprestados da tutela de direitos individuais.

Neste contexto, a relevância do estudo das propostas de código de processos coletivos que tomam corpo no Brasil.

5.2 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS APLICÁVEIS À TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

5.2.1 Introdução

²⁶⁴ MENDES. Aluisio Gonçalves de Castro, op. cit., p. 220.

²⁶⁵ Id. Ibid., p. 221.

Consoante exposto por Galeano Lacerda, o processo é instrumento para efetivação do direito material e, como tal, suas regras e ritos devem adequar-se, simultaneamente, aos sujeitos, ao objeto e ao fim a que se destina²⁶⁶.

Desta feita, elementar que na atividade de criação ou reforma de instrumentos processuais, deva-se ter como principal preocupação a de amoldar tais instrumentos ao direito material a que buscam servir. Por isso mesmo, a formatação do instrumento pressupõe a compreensão do direito material em benefício do qual será empregado.

Não se pode falar de tutela jurisdicional sem mencionar-se a lição de Chiovenda, sobre a finalidade do processo: “*o processo há de garantir, a quem tem direito, tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito*”²⁶⁷. Parafraseando tal lição e considerando a natureza instrumental do processo, podemos dizer que no domínio da ação coletiva será cabível a modalidade de tutela jurisdicional adequada a alcançar, com eficiência, exatamente aquilo a que se destina a ação, inclusive no que se refere aos direitos individuais homogêneos. Ademais, em sede de tutela coletiva, não se pode pleitear senão as modalidades de tutela compatíveis com os limites dos poderes conferidos pelo ordenamento jurídico ao substituto processual²⁶⁸.

No direito vigente, a tutela dos direitos individuais homogêneos faz-se, predominantemente, por meio de ações condenatórias, seguidas de execução individual ou coletiva (*fluid recovery*).

É notório que as demandas ajuizadas para defesa de direitos individuais homogêneos, em sua ampla maioria, são deduzidas sob a via de uma ação condenatória. Ao que parece, os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos mantém a mesma idéia presente no Código de Defesa do Consumidor, elegendo a ação condenatória como a via de tutela por excelência dos direitos individuais homogêneos.

Para ilustrar o exposto, examinando-se a Seção II do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover, nota-se que, a despeito de algumas modificações, mantém a estrutura atual, colocando a ação reparatória de conteúdo condenatório como a via natural de proteção desses interesses²⁶⁹.

²⁶⁶ LACERDA, Galeano. Comentários ao Código de Processo Civil. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 25.

²⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.1 Trad. J. Guimarães Menegale. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 46.

²⁶⁸ ZAVASCKY, Teori Albino, op. cit., p. 182.

²⁶⁹ ARENHART, Sergio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 218.

5.2.2 Tutela Preventiva

Trata-se daquela postulada antes que ocorra a violação do direito e para evitar que ele ocorra. Ademais, encontra seu fundamento constitucional insculpido no artigo 5º, XXXV. Com efeito, insta salientar que tutela preventiva não se confunde com tutela antecipatória tampouco com tutela cautelar. A tutela preventiva assegurada pela Constituição é definitiva, formada à base de cognição exauriente a apta a produzir coisa julgada material, semelhante à conferida para o caso do direito já lesado, e não provisória, como o é a tutela cautelar e a antecipatória²⁷⁰.

Não há dúvidas de que o sistema deve oferecer meios para a tutela preventiva em caso de ameaça a direitos individuais homogêneos. Todavia, nas relações jurídicas envolvendo grande número de pessoas (relações de massa), as situações de ameaça a direito assumem geralmente caráter transindividual. Nesse estágio o direito ameaçado tem características de direito essencialmente coletivo, devendo como tal ser tutelado em juízo. A tutela preventiva assim não se limitará a uma sentença genérica, sujeita a posterior ação individual de cumprimento, mas deverá conter, desde logo, eficácia executiva, para ensejar medidas inibitórias da lesão. Exemplo de tal situação está plasmado no artigo 102 do Código de Defesa do Consumidor²⁷¹. Em casos como esse, a tutela jurisdicional visa prevenir a ocorrência de danos individuais. Todavia, no estágio de ameaça, a proteção tem caráter transindividual.

5.2.3 Tutela Repressiva (Reparatória) e as Várias Espécies de Sanção Jurídica

Trata-se da medida postulada quando o direito já foi violado e para que seja aplicada a sanção jurídica correspondente à violação.

As sanções jurídicas são de variada natureza e comportam diferentes formas de classificação. Há sanções consistentes na reconstituição *in natura* da situação anterior à lesão; há as que consistem em reparação por equivalente; há as que impõem compensação pecuniária; há as que consistem simplesmente em negar a validade ou eficácia do ato

²⁷⁰ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 182.

²⁷¹ Art. 102. Os legitimados a agir na forma deste código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação distribuição ou venda, ou a determinar a alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.

praticado em desacordo com o preceito normativo. Há, portanto, sanções de conteúdo exclusivamente jurídico-formal e de conteúdo concreto²⁷².

No tocante às ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos impende fazer a distinção entre as sanções jurídicas desde logo decorrentes da sentença judicial que reconhece a existência do ilícito e as que, ao reverso, não decorrem de sentença, dependendo para sua imposição de atividade subsequente, de natureza prática e concreta.

A tutela repressiva condenatória é a espécie de tutela jurisdicional típica das ações coletivas, pois comporta perfeitamente a separação da atividade cognitiva entre o núcleo de homogeneidade e a margem de heterogeneidade dos direitos subjetivos a serem tutelados, ensejando, quanto àquele, a prolação de uma sentença genérica, com as características previstas no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor²⁷³, e quanto ao resíduo heterogêneo, uma subsequente ação autônoma de liquidação e execução, nos moldes anteriormente especificados²⁷⁴.

5.2.4 Tutela de Urgência (Cautelar e Antecipatória)

Trata-se de espécie de tutela jurisdicional de caráter provisório, formada à base de cognição sumária, apropriada a situações em que se busca garantir a efetividade da função estatal da jurisdição, eventualmente sob ameaça de dano ou de procrastinação no curso do processo²⁷⁵.

As medidas de tutela provisória são cabíveis, em princípio, em qualquer processo. Todavia, estão condicionadas à natureza e aos limites do processo a que dizem respeito. Não se pode, destarte, a título de antecipação de tutela, pedir mais nem coisa diversa do que se pode postular a título de tutela definitiva.

Neste sentido, impende ressaltar que a pretensão passível de ser deduzida por substituto processual na ação civil coletiva, inclusive no que se refere aos direitos individuais homogêneos, é apenas a que conduz a uma sentença genérica. Não é compatível com o sistema pretender-se, em regime de substituição processual, pleitear, ainda que em caráter provisório, medidas cuja eficácia possam atingir imediata e necessariamente a esfera jurídica dos substituídos, sonogando-lhes a liberdade de optar pela não-vinculação.

²⁷² ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 187.

²⁷³ Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

²⁷⁴ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 189.

²⁷⁵ Id. Ibid., p. 190.

5.2.5 Considerações Finais

Do exposto, é possível estabelecer com objetividade a relação entre os direitos materiais a serem tutelados e os seus correspondentes instrumentos processuais. Com efeito, do ponto de vista material são inconfundíveis os direitos coletivos em sentido lato e os direitos individuais homogêneos; assim, não é de se estranhar que a tutela em juízo também seja distinta no tocante aos instrumentos criados pelo legislador pátrio, notadamente no que se refere aos modos e aos limites da legitimação ativa e à natureza das providências suscetíveis de postulação em juízo²⁷⁶.

Na opinião de Teori Albino Zavascki é equivocada, por exemplo, a suposição de que a ação civil pública (Lei nº 7347/85), destinada essencialmente à tutela de direitos transindividuais, possa ser indiscriminadamente utilizada para a tutela de direitos individuais. Diferentemente do que ocorre em relação aos últimos, os conflitos a respeito de direitos transindividuais geram por natureza litígios essencialmente coletivos. A solução do litígio será unitária e incindível. Destarte, verifica-se que a formação da ação civil pública foi desenvolvida para atender essa espécie de litígios, e não a outros, relativos a direitos individuais²⁷⁷. A respeito do exposto, Ada Pellegrini Grinover expôs que a Lei nº 7347/85, só disciplina a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, consoante se depreende da própria análise do artigo 1º, IV e pelo fato de a indenização pelo dano causado destinar-se ao fundo por ela criado, para a reconstituição dos bens indivisíveis lesados (artigo 13). A criação da categoria dos direitos individuais homogêneos é própria do Código de Defesa do Consumidor e deles não se ocupa a lei, salvo no que diz respeito à possibilidade de utilização da ação civil pública para a defesa dos direitos individuais homogêneos, segundo os esquemas da legislação consumerista²⁷⁸.

5.3 A CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

5.3.1 Codificação: Aspectos Gerais

²⁷⁶ ZAVASCKY. Teori Albino, op. cit., p. 59.

²⁷⁷ Id. Ibid., p. 60.

²⁷⁸ GRINOVER. Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. In: GRINOVER. Ada Pellegrini. *STJ 10 anos: obra comemorativa*, 1989-1999, p. 29.

O tema sempre foi objeto de discussão, notadamente em sede de doutrina. Famoso o debate havido entre Anton Justus Friedrich Thibaut (1772-1840) e Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861) a respeito da codificação do direito civil alemão. A tese de Thibaut, defensor da codificação saiu vencedora, possibilitando grandes avanços simbolizados especialmente pelo Código Civil alemão de 1896 (BGB)²⁷⁹.

O século XIX foi o século das grandes codificações. O modelo implantado nesta época, denominado oitocentista, era rígido, fechado, estático e totalizante, constituindo-se, destarte, sistemas insuscetíveis às mutações econômicas e sociais resultantes do positivismo neutralizante, liberal-individualista e do racionalismo que reinavam na época²⁸⁰.

Tais modelos, em decorrência do fato de não responderem aos anseios e às transformações sociais da sociedade, em que as relações jurídicas tornam-se cada vez mais complexas e dinâmicas, foram sendo substituídos por modelos de codificação móvel e flexível, em que cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados ganham lugar de destaque, e por modelos de microssistemas, estatutos ou códigos setorizados. Ademais, nestes últimos a tutela jurídica geralmente é ampla em suas várias dimensões, quais sejam: material, processual, administrativa e penal²⁸¹.

Frise-se que o Brasil possui grande destaque no tocante aos vários estatutos e microssistemas jurídicos já implantados. Podemos, por exemplo, citar o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90); a Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/81); a Lei nº 10741/03 (Estatuto do Idoso); a Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), dentre outras.

O microssistema de tutela jurisdicional coletiva formado pela completa integração existente entre a Lei nº 7.347/ 85 (Lei de Ação Civil Pública, art. 21) e a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor, art. 90) possui ultra-eficácia, orientando o sistema jurídico brasileiro no plano geral das tutelas jurisdicionais coletivas.

Diante do quadro em tela e das transformações ocorridas no sistema jurídico brasileiro, especialmente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é atual a discussão sobre a Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro, o que, *de per se*, demonstra o avanço da doutrina e do sistema jurídico pátrio quanto ao tratamento do tema relativo à tutela dos direitos massificados.

²⁷⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 01.

²⁸⁰ Id. *Ibid.*, p. 02.

²⁸¹ Id. *Ibid.*, p. 02.

As demandas coletivas têm incomodado grandes interesses econômicos e políticos nacionais e internacionais, além do fato de serem públicos e notórios os inúmeros choques frontais com o Governo Federal que, em várias ocasiões reagiu de forma restritiva às demandas coletivas por meio de medidas provisórias.

Ademais, consoante já dito, existem fortes obstáculos na própria jurisprudência bem como em determinados setores da doutrina.

O modelo de proteção aos direitos transindividuais consagrado na Constituição de 1988 é dos mais avançados do mundo sendo, portanto, a partir dele que deve ser extraída a proposta de codificação do direito processual coletivo brasileiro, evitando-se a solução simplista de importação de modelos estrangeiros incompatíveis com o sistema legal pátrio²⁸².

Os direitos coletivos *lato sensu* estão inseridos na teoria dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da Constituição Federal de 1988); destarte, essa diretriz constitucional fundamental deve irradiar todo o sistema jurídico e vincular as construções jurídicas no país, inclusive a criação de um Código Brasileiro de Direito Processual Coletivo.

Em tempos atuais, com a consagração da mudança no campo do debate, antes em torno de códigos e da legislação infraconstitucional, agora em torno da Constituição, concebida como diretriz fundamental de ordenação das transformações e mudanças da sociedade, a temática relativa à pobreza, à exclusão social e, principalmente, à falta de acesso a uma ordem jurídica justa é o ponto central que deve pautar as grandes discussões jurídicas nos países que ainda não passaram efetivamente pelo estágio do Bem-Estar Social, como é o caso do Brasil. Torna-se indispensável, destarte, a construção de novos paradigmas interpretativos que possam contribuir para a efetivação do projeto constitucional, principalmente o elencado no artigo 3º da Constituição Federal de 1988²⁸³.

5.3.2 Escorço Histórico

Há quem identifique a origem remota de código na Antiguidade. Tal concepção considera como tais obras como o Código Theodosiano (*Codex Theodosianus*) e o *Corpus Juris* do Direito Romano. Inseto nesse contexto, há quem distinga entre codificações antigas e modernas. As antigas possuíam um caráter geral e visavam o direito em sua totalidade, ao passo que os modernos seriam especiais e disciplinavam um só ramo do direito. Os antigos

²⁸² ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p. 05.

²⁸³ Id. Ibid., p. 06.

eram redigidos de forma difusa, diferentemente dos modernos, que utilizam forma breve e concisa²⁸⁴.

Entretanto, há aqueles que, partindo de uma concepção mais restritiva, que seria aquela ligada à noção de sistema no campo do direito, somente admitem a idéia de código, como sistema de direitos, a partir dos séculos XVIII e XIX, por força do Iluminismo e do jusracionalismo²⁸⁵.

Foi justamente a ligação do jusracionalismo com o Iluminismo que produziu primeiro nos Estados Absolutos no centro e do sul da Europa e, posteriormente, após o processo revolucionário francês, na Europa ocidental, uma primeira grande onda das codificações modernas. Tal movimento pela codificação fez com que novos códigos apresentassem idêntico perfil, notadamente no que tange a uma planificação global da sociedade por meio de uma reordenação sistemática e inovadora da ordem jurídica, distinguindo-os de todos os diplomas legislativos anteriores.

Inserido nessa concepção restritiva exsurge a distinção entre código e consolidação. Esta última como mero recolhimento de normas já existentes, com incidência especialmente nos momentos de exaustão legislativa, ao passo que o código, formado por um corpo legislativo novo, é animado por espírito inovador²⁸⁶.

Com o advento das Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789, surge, em substituição ao Estado Absoluto, o Estado Liberal de Direito, que é o Estado da legalidade, da liberdade individual e da igualdade entre indivíduos. É o denominado Estado de Direito porque apresentava como características marcantes: o império da lei, inclusive sobre todos os poderes; a divisão dos poderes; generalidade e abstração das regras jurídicas; diferenciação entre direito público e direito privado; concepção fundada na completude e neutralidade do ordenamento jurídico; a crença de que o homem era um sujeito abstrato de direito.

Essa filosofia liberalista, de tutela individualizada, foi disseminada da ordem política para a social e econômica, influenciando o próprio direito. Inserido neste contexto, surge o positivismo jurídico e a concepção do direito como sistema jurídico fechado²⁸⁷.

O positivismo jurídico do século XIX tinha o sistema jurídico como manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada. O sistema jurídico era concebido como uma ordem jurídica fechada, que se pautava pela ausência de lacunas, pela idéia de sistema como método, como procedimento formal construtivo, daí a razão de figurar o século XIX como o século do

²⁸⁴ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p. 07.

²⁸⁵ Id. Ibid., p. 08.

²⁸⁶ Id. Ibid., p. 08.

²⁸⁷ Id. Ibid., p. 15.

apogeu das grandes codificações. Esse é o século da criação de sistemas normativos fechados, auto-suficientes, em relação aos quais o juiz deveria ficar preso. Eram mínimos, especialmente no campo do direito privado, os papéis das Constituições e das Declarações de Direitos Políticos²⁸⁸.

Nesse período, que se pautou pela filosofia liberal individualista, bem como pela criação de sistemas jurídicos auto-suficientes, hermeticamente fechados, representados pelos grandes códigos oitocentistas, o direito privado, especialmente o obrigacional, foi traçado pela máxima da autonomia da vontade.

Com a impermeabilidade e inflexibilidade dos grandes diplomas normativos oitocentistas às mudanças e às transformações sociais, esses sistemas de codificação fechada paulatinamente perderam a legitimidade social e entraram em crise.

A contribuição deixada pelo Estado Liberal de Direito foi a racionalização da vida jurídica, que se manifesta pela concepção de sistema jurídico e pelo pensamento sistemático, simbolizado pelos grandes códigos oitocentistas, bem como pela concepção em torno do princípio da subjetividade jurídica, no sentido de que o indivíduo seria a causa e a razão final da esfera jurídica privada²⁸⁹.

Consoante dito por Orlando Gomes, o fenômeno da codificação está inserido dentro de um processo histórico cultural que teve ressonância com o advento do Código Civil Francês de 1804 e o Código Civil Alemão de 1896 (BGB)²⁹⁰.

O certo é que o movimento pela codificação espalhou-se pelo mundo, atingindo a América Latina e, conseqüentemente, o Brasil. Depois do trabalho de Teixeira de Freitas, o Brasil conheceu seu primeiro Código Civil em 1916, obra de Clóvis Beviláqua, que iniciou a elaboração do anteprojeto em 1899, concluído no mesmo ano. Assim, o BGB alemão, no continente europeu, e o Código Civil Brasileiro de 1916, na América Latina, aliados ao Centenário do Código Civil Francês de 1804, representaram a consagração do movimento pela codificação que, com exceção dos sistemas filiados à *commom law*, se difundiu pelo mundo²⁹¹.

Porém, passado o apogeu, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, a idéia de códigos totalizantes e fechados, impermeáveis às mudanças sociais, como os criados a

²⁸⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., p. 17.

²⁸⁹ Id. Ibid., p. 19.

²⁹⁰ GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 40.

²⁹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., p. 11.

partir do Iluminismo e do jusracionalismo e fundamentados no pensamento meramente sistemático, passou a ser questionada²⁹².

Gregório Assagra de Almeida assevera que hodiernamente se trava grande discussão em torno de duas alternativas, não necessariamente excludentes: de um lado, a criação de códigos flexíveis, que tenham a mobilidade necessária para acompanhar as mudanças sociais; e, de outro, o abandono dos grandes códigos para implantação dos microssistemas, estatutos ou códigos setorializados²⁹³.

Orlando Gomes assevera que racionalizar leis não explica de modo satisfatório a difusão de códigos fechados e auto-suficientes, caracterizados, notoriamente, por princípios como a generalidade e a abstração de suas disposições. Tais diplomas, verdadeiramente, foram expressão política e cultural de um período já ultrapassado e, destarte, são, no plano histórico, patenteados como resultado da ideologia dominante em tal época²⁹⁴.

5.4 CÓDIGO-MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA

5.4.1 Origem

A idéia de um Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero - América surgiu em Roma, numa intervenção de Antônio Gidi, membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, reunido em maio de 2002, no VII Seminário Internacional co-organizado pelo *Centro di Studi Giuridici Latino Americani da Università degli Studi di Roma – Tor Vergata*, pelo Instituto Ítalo – Americano e pela *Associazione di Studi Sociali Latino – Americani*. Foi ainda em Roma que a diretoria do Instituto Ibero-Americano amadureceu a idéia, incorporando-a com entusiasmo. E, em Assembléia, foi votada a proposta de se empreender um trabalho que levasse à confecção de um Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero - América, nos moldes dos já editados Códigos-Modelos de Processo Civil e Processo Penal²⁹⁵.

Foram incumbidos pela Presidência do Instituto de preparar uma proposta de Código-Modelo Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, que apresentaram os resultados de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de

²⁹² ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p. 12.

²⁹³ Id. Ibid., p. 12.

²⁹⁴ GOMES, Orlando, op. cit., p. 42.

²⁹⁵ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p. 86.

Montevideu, em outubro de 2002, oportunidade em que a proposta foi transformada em Anteprojeto.

5.4.2 Objetivos

Os Códigos-Modelos, como trabalhos doutrinários que são, têm por finalidade precípua servir de fonte de princípios e de regras de interpretação jurídica e também como fonte de inspiração para as reformas legislativas em relação a países filiados à mesma família jurídica e que tenham cultura jurídica comum²⁹⁶.

Consta da exposição de motivos que o modelo foi inspirado no que já existe nos países da comunidade ibero-americana, com a complementação, o aperfeiçoamento e a harmonização das regras já existentes, de forma a se formular uma proposta útil a todos.

Ademais, consta que a despeito de terem sido analisadas a sistemática norte-americana das *class actions* bem como a brasileira das ações coletivas, o Código-Modelo constitui-se num modelo de sistema original que se afasta daqueles para se adequar à realidade dos diversos países ibero-americanos.

Assim, a despeito de não ser lei, nem tampouco contar com força imperativa, constitui não só repositório de princípios gerais sobre a tutela processual coletiva, como também fonte inspiradora de reformas concretas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum, sem prejuízo da necessidade de ser adaptado às peculiaridades locais, que serão levadas em conta na atividade legislativa de cada país²⁹⁷.

5.4.3 Estrutura Formal do Código Modelo

O texto divide-se em sete capítulos, a saber: O Capítulo I trata das Disposições Gerais e é composto de três artigos. O artigo 1º versa sobre o cabimento da ação coletiva e apresenta classificação bipartida sobre os direitos transindividuais, que é composta pelos direitos difusos e pelos individuais homogêneos. O artigo 2º trata dos requisitos da ação coletiva como, por exemplo, a representatividade adequada do legitimado e a relevância social da tutela coletiva. No § 2º do citado artigo há extenso rol de requisitos a serem observados pelo

²⁹⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., p. 86.

²⁹⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery Mirra. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projeto. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 128.

juiz em sede de controle de representatividade. O artigo 3º traz a disciplina da legitimação ativa concorrente, conferindo, inclusive, legitimação a qualquer pessoa física para a defesa dos direitos difusos.

O Capítulo II trata dos provimentos jurisdicionais sendo integrado por cinco artigos. O artigo 4º versa sobre a efetividade da tutela jurisdicional, estabelecendo que são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. O artigo 5º disciplina a tutela jurisdicional antecipada. O artigo 6º está voltado para as obrigações de fazer de não fazer, ao passo que o artigo 7º dispõe sobre as obrigações de dar. Por fim, o artigo 8º disciplina a ação indenizatória.

O Capítulo III dispõe sobre os processos coletivos em geral, sendo composto de 11 artigos. O artigo 9º traz regras sobre competência. O artigo 10 dispõe sobre pedido e causa de pedir, estabelecendo que serão interpretados extensivamente, admitindo, inclusive, a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado. O artigo 11 versa sobre a disciplina da audiência preliminar; o artigo 12 se volta para o tema das provas, adotando a teoria da distribuição dinâmica das provas, conforme será estudado adiante; o artigo 13 trata do julgamento antecipado de mérito; o artigo 14 versa sobre a legitimação à liquidação e execução de sentença condenatória; o artigo 15 dispõe sobre custas e honorários; o artigo 16 estabelece o dever do juiz de conferir prioridade de processamento às ações coletivas; o artigo 17 dispõe sobre a interrupção da prescrição; o artigo 18 trata dos efeitos da apelação e o artigo 19 dispõe sobre execução provisória e execução definitiva.

O Capítulo IV trata da Ação Coletiva para a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos e é composto de nove artigos. O artigo 20 traz disposições gerais acerca da ação coletiva sobre responsabilidade civil; o artigo 21 dispõe sobre a citação e notificação; o artigo 22 disciplina a sentença condenatória; o artigo 23 regulamenta a liquidação e execução individuais; o artigo 24 regulamenta a execução coletiva; o artigo 25 dispõe sobre o pagamento; o artigo 26 sobre a competência para execução; o artigo 27 refere-se à liquidação e execução pelos danos globalmente causados; e o artigo 28 disciplina o concurso de créditos.

O Capítulo V traz a disciplina da conexão, litispendência e coisa julgada e é composto por seis artigos. O artigo 29 trata da conexão entre causas coletivas; o artigo 30 trata da litispendência; o artigo 31 trata da relação entre ações coletivas e individuais, prevendo expressamente inexistir litispendência entre elas; o artigo 32 prevê a possibilidade de conversão de ações individuais em ação coletiva ao estabelecer que o juiz, tendo conhecimento da existência de diversas ações individuais correndo contra o mesmo

demandado, com o mesmo fundamento, deverá ocorrer à notificação do Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham ação coletiva. O artigo 33 fala da coisa julgada e o artigo 34 versa sobre relações jurídicas continuativas ao prever que, caso haja modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

O Capítulo VI trata da denominada ação coletiva passiva e é integrado por quatro artigos. O artigo 35 trata sobre ações contra grupo, categoria ou classe. O artigo 36 disciplina a denominada coisa julgada passiva em relação aos direitos difusos. O artigo 37 trata da coisa julgada passiva em relação aos direitos individuais homogêneos e o artigo 38 traz regra de integração entre os mecanismos do Código-Modelo ao dispor sobre a aplicação complementar às ações passivas.

O Capítulo VII trata das disposições finais e é integrado por três artigos. O artigo 39 estabelece princípios de interpretação, afirmando que o código será interpretado de forma aberta e flexível. O artigo 40 prevê a especialização dos magistrados, estabelecendo que, se possível, as ações deverão ser processadas e julgadas por magistrados especializados. O artigo 41 prevê a aplicação subsidiária das normas processuais e especiais sendo, inclusive, aplicável o Código de Processo Civil e legislação pertinente, no que não for incompatível.

5.4.4 Principais Inovações Propostas

A despeito de o Brasil possuir um sistema jurídico bastante avançado sobre o tema, com destaque no plano constitucional, muitos dos países de sistema jurídico comum ainda não reestruturaram suas constituições e leis para garantir a proteção efetiva aos direitos transindividuais, notadamente dos direitos individuais homogêneos, razão pela qual um Código-Modelo poderá ser fonte útil de inspiração para tais países²⁹⁸.

A primeira inovação proposta se trata da previsão de legitimação ativa concorrente e pluralista insculpida no artigo 3º, já consagrada no direito brasileiro (artigos 129, §1º, 103, 125, §2º, todos da Constituição Federal; artigo 5º da Lei nº 7347/85; artigo 82 da Lei nº 8078/90), que serviu de inspiração do dispositivo²⁹⁹.

O Código-Modelo atribui legitimidade ativa, concorrentemente, às pessoas físicas, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, às pessoas jurídicas de direito público interno, às entidades da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica,

²⁹⁸ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p. 89.

²⁹⁹ Id. Ibid., p. 89.

e às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano que incluam entre seus fins a defesa dos referidos direitos, dispensada a autorização assemblear.

Consoante exposto acima, as associações civis foram reconhecidas, no Código-Modelo, como legitimadas para agir em juízo em defesa dos direitos transindividuais. Devem elas, no entanto, demonstrar a sua adequada representatividade bem como a relevância da tutela coletiva.

A solução proposta pelo Código-Modelo reconhece a necessidade de serem ampliados os requisitos exigidos de tais entidades, a fim de identificar, com maior segurança, a idoneidade das organizações não governamentais como autênticas porta-vozes dos direitos de massa.

De outro lado, ao dar ao juiz da causa o poder de exercer amplo controle sobre a representatividade adequada das associações civis, sem o balizamento dessa atividade com requisitos claros e objetivos, pode-se abrir espaço para análises excessivamente subjetivas, fundadas em critérios personalíssimos do magistrado. Com isso, corre-se o risco de pronunciamentos restritivos às iniciativas das associações, e, conseqüentemente, obstativas da participação popular³⁰⁰.

A previsão constante do artigo 10 do Código-Modelo, segundo a qual nas ações coletivas o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente, sendo permitida a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que de boa-fé, trata-se de inovação condizente com a principiologia do direito processual coletivo moderno, facilitando a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos.

Desta feita, verifica-se que foi feita a opção pela flexibilização. Ademais, a proposta prevê, expressamente, a quebra consensual ou não-consensual da regra de estabilização da demanda, desde que presentes três requisitos, a saber: a) boa-fé; b) ausência de prejuízo injustificado para a parte contrária; c) preservação do contraditório³⁰¹.

A adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no §1º do artigo 12 do Código-Modelo tem como orientação incumbir à parte que detiver maiores conhecimentos técnicos, ou informação sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, representando a necessária mobilidade do sistema jurídico.

³⁰⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 129.

³⁰¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização nas demandas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 150.

O §3º do artigo 12 prevê a possibilidade do juiz da causa, respeitado o contraditório, determinar a produção de prova de ofício, medida de suma importância para a efetividade da tutela jurisdicional coletiva sob a ótica dos direitos individuais homogêneos.

Cumprido destacar que o disposto no artigo 11 do Anteprojeto coordenado por Ada Pellegrini Grinover, a ser tratado no tópico seguinte, tem correspondência com o disposto no artigo 12 do Código-Modelo, que prevê a incumbência do ônus da prova à parte que tiver maior facilidade em sua demonstração. Porém, o diploma ora analisado vai além, ao determinar que, *“se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir a deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar a realização, a cargo do Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos”*.

A possibilidade do julgamento antecipado de parte da demanda conforme previsto no artigo 13 do Código-Modelo poderá representar hipótese que corresponda às necessidades de efetividade da tutela jurisdicional coletiva³⁰².

O artigo 15, §3º prevê que 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, o que facilita o acesso à justiça por parte dos legitimados ativos coletivos e representa avanço em relação aos artigos 18 da Lei nº 7347/85 e 87 da Lei nº 8078/90, que só fazem menção à isenção das associações no tocante as despesas definitivas.

O artigo 16 do Código-Modelo dispõe que o juiz deverá dar prioridade ao processamento da ação coletiva, nas hipóteses de manifesto interesse social manifestado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Frise-se, todavia, que toda a ação coletiva já é de interesse social, devendo, assim, ser evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

O Código - Modelo de Processos Coletivos introduziu importantes mudanças no que diz respeito ao regramento das sentenças condenatórias e execuções coletivas em sede de direitos individuais homogêneos. O artigo 22 prevê que a condenação poderá ser genérica, mas, no próprio § 1º dispõe que o juiz calculará o valor da indenização individual devida a

³⁰² ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p. 90.

cada membro do grupo na própria ação coletiva. O § 2º dispõe que, quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual³⁰³. Apesar da forte tendência doutrinária e jurisprudencial de preconizar que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos deve necessariamente se dar em dois momentos, com um processo coletivo de conhecimento culminando em uma sentença genérica, e posteriores liquidações e execuções individuais, o Código-Modelo optou pelo processo coletivo, sempre que possível. Nesse caso, a execução coletiva deve ser efetivada perante o próprio juízo da ação condenatória, que será, sempre que viável, um juízo especializado.

O artigo 30 trata da litispendência, e reza que a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais que tenham controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado e a causa de pedir.

O artigo 31, *caput* trata da relação entre ação coletiva e ações individuais. A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (artigo 33) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.

O artigo 31, parágrafo único estatui que cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de ação coletiva com o mesmo fundamento, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo nos casos em que a demanda individual venha a ser rejeitada, o que se afigura indubitavelmente benéfico ao particular³⁰⁴.

Há quem defenda que as ações para tutela de direitos individuais homogêneos poderiam, em tese, operar litispendência não apenas em relação à outra ação coletiva proposta para defesa de tais interesses, bem como para as ações individuais, propostas por cada um dos lesados para satisfação de suas específicas pretensões³⁰⁵.

O artigo 39 dispõe que a interpretação deve ser feita de forma aberta e flexível, compatível com a tutela dos direitos coletivos que trata e de acordo com a principiologia do direito processual coletivo.

³⁰³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 31.

³⁰⁴ Id. Ibid., p. 90.

³⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 171.

Por fim, o artigo 40 dispõe sobre a preferência no julgamento das ações coletivas por magistrados especializados

5.4.5 Análise Crítica do Código-Modelo

Gregório Assagra de Almeida ressalta que um código deve sempre ter um caráter inovador, sob pena de tornar-se mera consolidação de leis existentes. Para o citado doutrinador, o Código-Modelo não traz inovações ao sistema jurídico brasileiro, podendo fazê-lo, entretantes, para os outros países³⁰⁶.

Pode-se dizer que a disposição do Código-Modelo em 41 artigos é insuficiente para o tratamento adequado dessa área do direito de tanto impacto social. O que se entende razoável é que seja dado tratamento adequado a todos os institutos relacionados com a proteção jurisdicional dos direitos de massa, o que não ocorre no Código-Modelo.

Na forma da sistematização em questão, o Código-Modelo não rompe com o individualismo marcante do Direito Processual Civil, haja vista que não disciplina todos os institutos estruturais e prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e legislação pertinente sem dispor de regras de controle e limitação dessa aplicabilidade³⁰⁷.

Está ausente um capítulo específico sobre os princípios e regras de interpretação do código, sendo insuficiente a disposição do artigo 39.

Não há disciplina própria da tutela jurisdicional preventiva, a mais importante tutela no Estado Democrático de Direito, não bastando a disposição genérica do artigo 4º.

A adoção da classificação bipartida dos direitos transindividuais é fonte geradora de confusão entre direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. A limitação dos direitos difusos à titularidade de grupo, categoria ou classe, não se compatibiliza com a Constituição Federal, posto que esta não estabelece restrição no campo da titularidade dos direitos difusos.

A possibilidade prevista no artigo 6º, §4º do Código-Modelo, de conversão da obrigação em perdas e danos também está em contradição com a principiologia do direito coletivo. Ressalte-se que pelo fato de se defender em juízo direito pertencente a uma coletividade de pessoas, não há liberdade para abrir mão da tutela específica, devendo isto acontecer tão somente quando esta for impossível³⁰⁸.

³⁰⁶ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p. 91.

³⁰⁷ Id. Ibid., p. 91.

³⁰⁸ Id. Ibid., p. 93.

A previsão constante no artigo 11, *caput* e §3º de que à audiência preliminar comparecerão as partes e seus procuradores habilitados a transigir não é de boa técnica, haja vista que não é cabível a transação substancial em relação à tutela desses direitos massificados.

O artigo 11 do Código-Modelo também prevê a arbitragem como forma de tutela coletiva, o que também é incabível, posto que incompatível com a indisponibilidade dos direitos massificados.

A restrição da prioridade de processamento das ações coletivas, somente para casos em que houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico protegido, constante no artigo 16 do Código-Modelo, bem como a previsão, ainda que prescrita de forma indireta, acerca da prescrição das pretensões transindividuais, representam retrocesso ao movimento mundial pela proteção dos direitos de massa. Justifica-se tal posicionamento pelo fato de que a negligência do representante adequado não pode dar causa ao sacrifício dos direitos massificados em benefício dos poucos responsáveis pelos danos coletivamente causados³⁰⁹.

Conforme expressam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery acerca da matéria, em decorrência da indeterminação dos titulares e interesse social, é de interesse público sua imprescritibilidade³¹⁰.

A previsão da responsabilidade civil objetiva constante do § 1º do artigo 19 do Código-Modelo, que prevê que a execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, torna-se incompatível com a proteção dos direitos transindividuais, haja vista que constrange o representante adequado escolhido pelo legislador, pelo receio de ser responsabilizado independentemente de culpa³¹¹.

Por fim, não se afigura razoável a fixação de prazo de dois anos para propositura de nova ação coletiva em hipóteses de improcedência fundada nas provas, contados da descoberta de prova nova, o que poderá gerar danos à sociedade, notadamente relacionados com a proteção ambiental. Tais prazos são incompatíveis com a tutela ampla e irrestrita dos direitos transindividuais³¹².

O Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero - América deve ser analisado com ressalvas, haja vista as várias conquistas constitucionais e infraconstitucionais do sistema

³⁰⁹ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p. 95.

³¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil comentado e legislação extravagante*, 8ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 971.

³¹¹ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p. 96.

³¹² Id. Ibid., p. 97.

jurídico brasileiro que poderiam vir a ser mitigadas com a adoção ampla e irrestrita de seu texto.

5.5 CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

No Brasil cresce o movimento que pugna pela criação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Em entrevista sobre o tema concedida ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Nelson Nery Junior posicionou-se favorável à codificação do direito processual coletivo. Entretanto, formulou assertiva no sentido de que primeiramente seria imprescindível amplo debate nacional acerca do tema para que fossem observadas as diretrizes constitucionais que disciplinam a proteção dos direitos transindividuais no Brasil. Continuando sua exposição, o doutrinador afirma que a vantagem de se codificar é que esta temática do processo coletivo terá sua própria principiologia regulada de forma normativa³¹³.

Com efeito, podemos destacar os trabalhos de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Gidi e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

Ada Pellegrini Grinover, além de ter participado ativamente da criação do Código-Modelo de Processo Coletivo para a Ibero - América, coordena atualmente a elaboração de um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Antônio Gidi também já apresentou estudo e proposta específica sobre o tema denominado Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. Por seu turno, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes coordenou a elaboração de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA).

É evidente que a criação, no Brasil, de um Código de Processos Coletivos será um marco no plano do movimento pela coletivização do direito processual brasileiro e um paradigma para o mundo. Daí a importância de se travar debate nacional acerca do tema para tratar de assuntos como: momento para se implementar a codificação; forma e diretrizes metodológicas; objeto da codificação, dentre outros.

³¹³ Boletim informativo MPMG Jurídico, disponível em < <http://www.mp.mg.gov.br>> (Boletins MPMG). Acessado em: 01/12/2007.

5.5.1 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos Coordenado por Ada Pellegrini Grinover na Universidade de São Paulo (Versão de Dezembro de 2006)

O Anteprojeto consolida a legislação esparsa sobre ações coletivas e dá tratamento sistematizado ao seu processamento, à luz de muitas das sugestões contidas no Código-Modelo Ibero-Americano de 2004.

O Anteprojeto apresenta avanços e uma marcante preocupação com a máxima efetividade da sentença, principalmente no caso de direitos individuais homogêneos.

A denominação “código” acentua a necessidade de se encarar o processo coletivo com uma visão separada do processo civil destinado à proteção de direitos individuais³¹⁴.

Ademais, a flexibilização da norma em favor do resultado está clara em diversas passagens do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, como, por exemplo: a) a interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir, em conformidade com o bem jurídico tutelado (artigo 4º, *caput*); b) ao tratar da relação entre demandas coletivas, prevê que na análise do pedido e da causa de pedir, para fins de reconhecimento de conexão ou continência, deve ser considerada a identidade do bem jurídico tutelado (artigo 5º, §1º); c) a possibilidade de, durante a instrução, ser revista a distribuição do ônus da prova (artigo 10, § 3º); d) a mitigação da coisa julgada, com a previsão da ação revisional, no caso de descoberta de nova prova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo anterior, desde que idônea, por si só, a mudar o resultado daquele (artigo 12, § 5º); dentre outras.

5.5.1.1 Estrutura Formal

O Anteprojeto, em sua última versão, contém 52 artigos, distribuídos por seis capítulos. De início, convém ressaltar que o referido Anteprojeto segue em linhas gerais o Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero - América.

O Capítulo I, denominado “Das Demandas Coletivas”, que vai do artigo 1º ao 18, trata de assuntos variados, como por exemplo: conteúdo do código (artigo 1º); o cabimento de todas ações e provimentos capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos interesses indicados no anteprojeto (artigo 3º); o objeto da tutela coletiva com a classificação tripartite dos direitos transindividuais (artigo 4º), reproduzindo-se o disposto no artigo 81 do Código de

³¹⁴ LEAL, Marcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 72.

Defesa do Consumidor; pedido e causa de pedir (artigo 5º); relação entre demandas coletivas e entre demandas coletivas e ações individuais (artigos 6º e 7º); comunicação sobre processos repetitivos (artigo 8º); provas (artigo 11); coisa julgada (artigo 13), dentre outros de igual importância.

O Capítulo II, intitulado “Da Ação Coletiva Ativa”, vai do artigo 19 ao artigo 37, estando dividido em duas seções: a Seção I, composta por disposições gerais (artigo 19 ao artigo 27); e a Seção II, que disciplina a ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos (artigo 28 ao artigo 37).

O Capítulo III, intitulado “Da Ação Coletiva Passiva”, que vai do artigo 38 ao artigo 40, regulamenta a possibilidade de ajuizamento de ações coletivas em face de grupo, categoria ou classe.

O Capítulo IV, que vai do artigo 41 ao 43, dispõe de maneira sucinta acerca do mandado de segurança coletivo.

O Capítulo V, que contém duas seções e dois artigos, traz a disciplina das ações populares.

Finalmente, o Capítulo VI, que vai do artigo 46 ao artigo 52, contém as disposições finais. O artigo 46 prevê a criação do Cadastro Nacional de Processos Coletivos; o artigo 47 preconiza a instalação de órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e o julgamento de ações coletivas; o artigo 48 prevê que o código deva ser interpretado de forma mais aberta e flexível; o artigo 49 manda aplicar, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil, no que não houver incompatibilidade; e o artigo 50 confere nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, bem como altera as Leis nº 1533/51, 4717/65, 8429/92 e 10741/03. Finalmente, o artigo 51 prevê a revogação da Lei nº 7347/85 e de vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente e de outras leis. O capítulo encerra-se com o artigo 52, que estabelece a *vacatio legis* de 180 dias a contar de sua publicação.

5.5.1.2 Principais Inovações Propostas

5.5.1.2.1 Instrução da inicial, encargos e gratificações

O artigo 24 do Anteprojeto dispõe que para instruir a inicial, inclusive no que se refere aos direitos individuais homogêneos, o legitimado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias. O § 4º estatui que, na hipótese

de ser incomensurável o valor dos danos coletivos, fica dispensada a indicação do valor da causa. Tal medida representa inovação de desapego da norma processual coletiva ao rigoroso formalismo encampado pelo processo civil individual.

Ademais, o artigo 17 prevê o cálculo dos honorários advocatícios sobre o valor da condenação, coibindo, destarte, práticas de má-fé, abuso de direito na estipulação do valor da causa, bem como procede ao desentrelaçamento de formalismo do processo que, no caso concreto, poderia acarretar desajuste na tramitação do feito, além de gastos desnecessários.

Constata-se, pois, que houve um aperfeiçoamento do tratamento legislativo anterior, previsto nos artigos 18 da Lei de Ação Civil Pública e 87 do Código de Defesa do Consumidor.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos prevê, em seu artigo 17, § 4º, que os autores da demanda 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.

O Anteprojeto encampou, outrossim, a proposta do Código-Modelo Ibero Americano de ser fixada, para o caso de procedência da demanda, gratificação financeira em benefício das pessoas físicas, associações civis e fundações de direito privado legitimadas, quando a atuação de tais entidades tiver sido relevante na condução e para o êxito da demanda coletiva, observados na estipulação do valor a ser pago os critérios de razoabilidade e modicidade, nos termos do artigo 17, § 3º.

No que se refere ao tema em estudo, há que se atentar para algumas particularidades do direito norte-americano. Nos EUA, grandes parcelas das *class actions* terminam em acordo entre representante adequado e réu. O acordo é uma decorrência natural, vez que os custos do processo e honorários advocatícios são elementos importantes nas decisões das empresas em prosseguir o litígio. Nos EUA, todos os esforços se concentram na qualificação do “*plaintiff*” (autor) como representante adequado, mesmo que o direito material seja pouco convincente.

O direito material acaba sendo praticamente irrelevante, uma vez que a simples afirmação e plausibilidade de um direito pode gerar uma ação, já que nos EUA não há necessidade de apresentar um razoável início de provas.

No Brasil, o pagamento de honorários é um estímulo e poderá surgir uma advocacia especializada em buscar direitos coletivamente ajuizáveis. Tal fato poderá representar um

avanço em termos de cidadania e realização de direitos, desde que haja fiscalização pelo Ministério Público, Magistratura e órgãos de ética da Ordem dos Advogados do Brasil³¹⁵.

O fato de a ação exigir um início de prova razoável, e não desembocar inexoravelmente em acordo, como nos EUA, diante de nosso sistema de honorários, também reforçam as chances da *class action* brasileira não despertar o mesmo ceticismo que o modelo americano provoca quando se pensa em acesso à justiça.

Ademais, quando o réu for o Estado, importante lembrar que além de se observar os limites dispostos no artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, há possibilidade de redução judicial. Caso contrário, haveria o risco de se verificar uma avalanche de processos com vistas à obtenção de honorários espetaculares.

O Anteprojeto prevê que o pagamento da gratificação concedida às associações civis ficará a cargo do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, em vez de atribuí-la ao réu vencido na demanda coletiva. Todavia, tal opção não parece a melhor, haja vista que haverá desvio da finalidade do referido fundo, descrita no artigo 27, *caput*, do Anteprojeto. A solução adequada seria impor-se ao vencido o pagamento da gratificação em questão³¹⁶.

Ademais, outra inovação apresentada pelo Anteprojeto consiste na antecipação dos custos das perícias pelo denominado Fundo dos Direitos Difusos. Trata-se de disposição polêmica, pelo mesmo motivo anteriormente exposto, qual seja, desvio da finalidade de tais verbas.

5.5.1.2.2 *Pedido e causa de pedir*

O conceito rígido de pedido e causa de pedir, próprio do Código de Processo Civil, aplicado ao processo coletivo, tem dificultado a reunião de processos coletivos, provocando a condução fragmentária de processos, conseqüentemente com decisões contraditórias. O Código projetado muda a forma de interpretação do pedido e da causa de pedir, olhando especificamente para o bem jurídico a ser tutelado³¹⁷, o que se mostra muito oportuno quando se trata de direito de índole individual homogênea.

Com efeito, tal interpretação, consoante se infere do artigo 5º, *caput*, do anteprojeto, será extensiva, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido, confirmando a

³¹⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 74.

³¹⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 135.

³¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 14.

inaplicabilidade do artigo 293 do Código de Processo Civil ao sistema de proteção de direitos transindividuais³¹⁸.

Neste sentido, no que pertine à instrumentalidade das formas, estas têm somente a função única de *garantia*, e não de atrizes principais, contendo-se nos limites necessários, para que não seja inviabilizada a aplicação do direito material.

Neste diapasão, fugindo à solução apresentada pelo Código de Processo Civil que determina que o saneamento como momento processual a partir do qual é absolutamente vedada qualquer alteração, nos termos do artigo 264, parágrafo único do Código de Processo Civil, o Anteprojeto prevê a possibilidade de modificação extemporânea dos elementos objetivos da demanda, quais sejam, a causa de pedir e o pedido, inclusive nas lides relativas a direitos individuais homogêneos³¹⁹.

Essa nova equação da estabilização da causa de pedir e do pedido, que reflete a flexibilização da forma em benefício do resultado do processo, merece análise mais atenta.

Consoante relevado anteriormente, o processo não é apenas técnica, razão pela qual sua configuração concreta, dentro do sistema legal, indica o modo como o poder estatal de solução de conflitos será exercido. Trata-se, essencialmente, de opção política³²⁰.

É possível afirmar que tal solução, mitigando a rigidez tradicional inerente à imutabilidade da demanda, significa avanço no âmbito do direito processual coletivo, notadamente no que se refere aos direitos individuais homogêneos.

Pensando em problemas atinentes às relações de consumo, é viável supor situações complexas em que as condutas abusivas praticadas contra o consumidor não se limitam àquelas que foram indicadas na petição inicial. Desta feita, no desenrolar da instrução outras condutas lesivas, de idêntica gravidade são descobertas. Sua introdução significaria, tudo leva a crer, ampliação da causa e do pedido, vedada pelo sistema tradicional, não restando, destarte, outra solução senão a propositura de nova ação coletiva.

Ademais, a instauração de nova demanda coletiva poderá dar ensejo, não há dúvida, ao conflito lógico de julgados, que desprestigia e desacredita o Poder Judiciário, bem como milita contra a proteção aos bens coletivos. Enfim, se a relação de direito material era uma só,

³¹⁸ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p. 106.

³¹⁹ LEONEL. Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 146.

³²⁰ Id. Ibid., p. 147.

restaria a dúvida: qual das duas decisões estaria correta? A que reconheceu a prática da lesão e a responsabilidade dela decorrente, ou a que a negou³²¹?

Vê-se, pois, que a unidade de convicção, em se tratando de problemas de ordem coletiva, notadamente no que tange aos direitos individuais homogêneos, favorece, sob todos os aspectos, os bons resultados a serem obtidos com o processo coletivo já aforado.

Por fim, não há se falar em maior delonga na tramitação, tendo em vista que a propositura de nova ação, em face dos mesmos réus, ensejará demora ainda maior e custos elevados no tocante à solução definitiva e integral da controvérsia.

Ademais, a alteração da *causa petendi* e / ou do *petitum*, no curso da ação, após o saneamento do feito, somente poderá ocorrer caso presentes os seguintes requisitos: a) mediante requerimento da parte interessada; b) boa-fé do autor; c) inexistência de prejuízo injustificado para o réu; d) preservação do contraditório³²².

Deve-se tencionar, assim, que a sentença e a tutela concreta de direitos transindividuais (incluindo-se os individuais homogêneos) que dela decorre, se aproximem, o mais possível, da realidade da crise de direito material.

5.5.1.2.3 *Relação entre Demandas Coletivas e Individuais*

Outro ponto de relevo a ser tratado diz respeito à relação entre demandas coletivas e demandas individuais, disposto nos artigos 6º e 7º do Anteprojeto em análise.

A redação do artigo 6º, com a devida vênia, peca ao dispor conjuntamente sobre os institutos da litispendência, da conexão e da continência, pelo fato de que sugere que, ocorrendo litispendência entre duas ações coletivas, deve haver a reunião e o processamento conjunto das demandas. O dispositivo proposto iguala, no âmbito do processo coletivo, ditos institutos, que são ontologicamente diferentes, e atribui, ainda que implicitamente, à litispendência o efeito da conexão, qual seja, a reunião de processos³²³.

Pedro da Silva Dinamarco, todavia, entende adequada a solução, pelo fato de que impede que a defesa dos direitos em jogo seja exercida por um legitimado mais rápido, mas

³²¹ LEONEL. Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 152.

³²² Id. Ibid., p. 153.

³²³ MATTOS. Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 199.

não necessariamente o mais adequado, além de ser consentânea com a norma que autoriza a habilitação dos demais como litisconsortes³²⁴.

Luiz Norton Baptista de Mattos entende ser correta a extinção dos processos formados posteriormente, com a possibilidade de remessa de cópias ou peças dos processos extintos no propósito de instruir o processo constituído inicialmente, sob o crivo do contraditório³²⁵.

No tocante às relações das ações coletivas com as ações individuais, o Anteprojeto reitera a norma do Código de Defesa do Consumidor, dispondo sobre a suspensão da ação individual para extensão dos efeitos da coisa julgada da decisão de mérito de procedência do pedido da ação coletiva.

As ações individuais que veiculem a mesma pretensão da ação coletiva ou de outra ação individual com o mesmo escopo deveriam ser inadmissíveis por significarem um *bis in idem*, que poderá dar ensejo a conflitos práticos de julgados³²⁶.

Na prática forense têm sido verificados equívocos, seja pela falta de técnica ou pela desatenção dos operadores do direito, às peculiaridades da relação jurídica material em face da qual é deduzido o pedido da tutela jurisdicional, como a inadmissível fragmentação do conflito coletivo em múltiplas demandas coletivas, quando seria admissível uma só, ou senão a propositura de demandas pseudo-individuais fundadas em relação jurídica de natureza incindível.

Um exemplo notório desses equívocos é o pertinente às tarifas de assinatura telefônica. Qualquer demanda judicial, seja coletiva ou individual, que tenha por objeto tal assunto, somente poderá veicular pretensão global, que aproveite a todos os usuários uniformemente. Uma ação coletiva seria a mais apropriada para tal finalidade.

No entender de Kazuo Watanabe, a solução mais adequada, seria a proibição de demandas individuais referidas a uma relação jurídica global incindível, nos moldes acima mencionados. Porém, a suspensão dos processos individuais, nos termos dos §§ 3º e 4º do artigo 7º do Anteprojeto poderá, em termos práticos, produzir efeitos bem similares aos da proibição, se efetivamente for aplicado pelo juiz da causa³²⁷.

A importância do dispositivo, que atinge diretamente os direitos individuais homogêneos, reside em buscar disciplinar uma situação que hodiernamente, em decorrência

³²⁴ DINAMARCO. Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 112-113.

³²⁵ MATTOS. Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 199.

³²⁶ WATANABE. Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 157

³²⁷ Id. *Ibid.*, p. 160.

da inexistência de regras expressas, está provocando embaraços enormes à justiça, com a repetição de demandas, cuja admissão, em vez de garantir o acesso à justiça, a está denegando, face à reprodução em vários juízos do país, de contradição prática de julgados, que se traduzem num inadmissível tratamento discriminatório de cidadãos.

5.5.1.2.4 *Coisa julgada*

A coisa julgada, rigorosamente restrita às partes no processo individual, tem regime próprio no processo coletivo: *erga omnes*, por vezes *secundum eventum litis* e, no Código Projetado, *secundum eventum probationis*, ou seja, possibilitando a repositura da ação, com base em provas novas que não puderam ser produzidas no processo e capazes, de per si, de mudar o resultado do feito.

No tocante ao tema coisa julgada, o Anteprojeto paulista mantém a regra atual da extensão *in utilibus* ou *secundum eventum litis*, inclusive nas relações entre a ação coletiva e as ações individuais simultâneas, com a ressalva da hipótese da ação coletiva ter sido proposta por sindicato como substituto processual da categoria, caso em que a sentença de improcedência vinculará os interessados³²⁸.

O Anteprojeto não prevê a possibilidade de notificação dos substituídos para o exercício do direito de exclusão; sem essa possibilidade, é inviável a extensão *pro et contra* da coisa julgada coletiva.

5.5.1.2.5 *Comunicação sobre Processos Repetidos e Prioridade de Tramitação*

O artigo 8º do Anteprojeto dispõe sobre a comunicação pelo Juiz ao Ministério Público e outros legitimados sobre processos repetidos, a fim de que seja proposta a ação coletiva caso necessário. Tal orientação confirma o entendimento de que a ação coletiva é de interesse social quando ajuizada para evitar a proliferação de ações individuais repetitivas³²⁹.

O artigo 10 do Anteprojeto determina que o Juiz priorize o processamento do processo coletivo, valendo-se dos meios eletrônicos, confirmando orientação decorrente do princípio da máxima priorização da tutela coletiva.

³²⁸ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispêndência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 212.

³²⁹ ALMEIDA. Gregório Assagra de, op. cit., p. 106.

5.5.1.2.6 *Ônus da prova e papel ativo do juiz*

O artigo 11, §1º do Anteprojeto adota a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e ainda prevê a produção de prova de ofício pelo juiz, observado o contraditório. Ressalte-se o papel ativo do juiz nos processos coletivos, a fim de se buscar a máxima efetividade da prestação jurisdicional.

Neste passo, frise-se que o ônus da prova sempre foi visto sob dois prismas, quais sejam, o objetivo e o subjetivo. O primeiro vinculado à atividade das partes (ônus de provar o direito alegado) e o segundo vinculado à atividade do juiz (indeclinabilidade da jurisdição). Tal divisão decorre de regra típica do Estado Liberal, em que cada parte é responsável por provar aquilo que alegou ao passo que o juiz não pode se eximir de dizer o direito sob a justificativa de falta ou insuficiência de provas. A busca e a investigação da prova pelo próprio juiz são algo excepcional e subsidiário no processo civil tradicional. Nesse sentido, manifesta-se José Roberto dos Santos Bedaque, para quem representa uma “última saída” a utilização do artigo 130 do Código de Processo Civil, como exceção à regra de julgamento prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil³³⁰.

Para que ocorra a superação dos dogmas do liberalismo do processo civil, necessária a atuação ativa do juiz na solução dos conflitos. Deve o juiz entender que sua atuação no mundo das provas não é ofensiva à imparcialidade, mesmo no que se refere aos direitos individuais homogêneos. Dar razão a quem tem razão é seu dever e é sob esse pensamento que deve reger sua atuação profissional.

Além disso, o artigo 11 do Anteprojeto deixa clara a opção de que também são meios de prova a prova estatística e a por amostragem. Tais meios indiciários já são utilizados em outros países, para permitir que se presuma a ocorrência do fato principal a partir da demonstração dos fatos secundários (indício)³³¹.

Conforme adredemente explicitado, no parágrafo primeiro do artigo 11 está estatuída a adoção da *teoria da carga dinâmica da prova*, no tocante à distribuição do ônus da prova sobre os fatos controvertidos da causa. Por meio dela, o legislador define que incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade para sua demonstração. Busca-se, destarte, a superação do problema relacionado com a hipossuficiência técnica de um dos litigantes, adotando regra que compete ao

³³⁰ BEDAQUE. José Roberto dos Santos, op.cit., p. 88.

³³¹ RODRIGUES. Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 250.

magistrado definir qual parte e sobre quais fatos controvertidos que dependam de conhecimento técnico e específico deverá incidir a carga dinâmica da prova, regra esta também aplicável aos direitos individuais homogêneos.

Na hipótese em que a hipossuficiência econômica puder resultar em prejuízo para uma das partes, também havendo probabilidade e verossimilhança das alegações, poderá o juiz lançar mão da *inversão do ônus da prova*, cientificando as partes a respeito no saneamento do processo (artigo 25, §5º, inciso V). Ademais, poderá o magistrado, no curso da fase instrutória, surgindo alteração de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, rever a distribuição do ônus da prova, em decisão motivada, concedendo à parte a quem foi atribuída a incumbência, prazo razoável para sua produção (artigo 25, §5º, inciso IV).

Como se viu, o juiz assume funções de direcionamento e gerenciamento importantes no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, caso se converta em lei, tem a possibilidade de inaugurar um novo paradigma procedimental, menos formal, preclusivo, hermético, mais próximo da efetividade da tutela jurisdicional, sem suprimir garantias, mas agregando dinâmica e racionalidade gerencial ao devido processo legal, por meio da força impulsionadora e sempre presente do contraditório³³².

Ademais, o Anteprojeto deixa claro que a atividade do juiz não é subsidiária; pelo contrário, tem liberdade na determinação de produção de provas, encontrando limite a esta atividade inquisitorial no respeito ao contraditório. Consoante exposto, o texto está permeado por uma nítida ampliação dos poderes do juiz, em consonância com a *defining function*, de que fala o direito norte-americano para as *class actions*. Conforme dito na exposição de motivos do Anteprojeto, o aumento de poderes do juiz corresponde à necessidade de flexibilização da técnica processual nas ações coletivas³³³.

Ademais, prova deve ser vista como algo intrínseco, necessário e indisponível à ordem jurídica justa, razão pela qual deve ser guiada por um ideário não privatista, com o fim de se alcançar um resultado coincidente ou mais próximo do direito, visto sob uma concepção de justo.

Em conclusão, chega-se aos seguintes pontos: 1º) poderia o Anteprojeto usar a carga dinâmica da prova para todos os casos em que o material probatório possa ser mais bem

³³² GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 94.

³³³ CASTANHO, Renata; MILARÉ, Édís. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 261.

produzido por uma das partes, banindo a regra de distribuição do ônus da prova; 2º) nos casos de *non liquet*, mesmo se adotada a carga dinâmica da prova e fixada a distribuição do ônus no saneador, o juiz poderia julgar o mérito em desfavor daquele que não se desincumbiu do ônus fixado pelo juiz, mas dita decisão faria coisa julgada *secundum eventum probationem*; 3º) o juiz deve sempre buscar provas que entende necessárias à solução da lide; 4º) tornar a inversão do ônus da prova regra de procedimento e não de julgamento, para que não tenha função punitiva que em nada acrescenta à verdade real, haja vista que o magistrado beneficia o mais fraco, mas continua proferindo decisão com base em juízo inseguro³³⁴.

O equilíbrio do Anteprojeto reside justamente no fato de que ele não proíbe, nem impõe como regra absoluta e imutável a inversão do ônus da prova nas ações coletivas. Destarte, não há uma regra estanque, mas sim dinâmica.

É como se o critério da hipossuficiência fosse substituído pela hipersuficiência. Vale dizer, a fraqueza de uma das partes não a exime, necessariamente, do seu encargo processual. Com isso, a prova será atribuída a quem, processualmente, tiver melhores condições de produzi-la, independentemente de haver ou não um desequilíbrio no campo do direito material³³⁵.

Ademais, parece que os requisitos do § 2º são dispensáveis, diante da liberdade introduzida pelo § 1º. Em decorrência de tais fatos, tal exigência não se encontra na versão do Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

5.5.1.2.7 *Competência territorial*

O artigo 13, §4º do Anteprojeto prevê que a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*, confirmando a tese de que a alteração do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública pela Lei nº 9494/97 não pode ser aceita.

5.5.1.2.8 *Legitimação*

O esquema rígido da legitimação, plasmado pelo artigo 6º do Código de Processo Civil, é repudiado no processo coletivo previsto no Anteprojeto, que passa a adotar uma legitimação autônoma e concorrente aberta, múltipla, composta.

³³⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 260.

³³⁵ Id. Ibid., p. 260.

Ademais, trata-se de inovação extraordinária o fato de admitir-se o indivíduo como representante adequado no Anteprojeto. Permite-se a legitimação ativa das pessoas físicas que, a critério judicial, poderão propor todas as espécies de ações coletivas, desde que observado o artigo 20.

Especificamente na hipótese de direito individual homogêneo, além dos requisitos do artigo 20, I, o adequado representante individual deverá ser um membro do grupo, categoria ou classe. Essa qualidade, assim como nos Estados Unidos da América, de onde a norma tem inspiração é conferida judicialmente³³⁶.

A questão aqui parte do princípio de que um credor ou o próprio lesado tem mais estímulos em perseguir seu próprio direito, seja por motivos econômicos, seja por motivos morais. Com isso, é possível que, por exemplo, a tutela desses interesses diminua pelo Ministério Público, para que este se concentre na defesa dos interesses difusos, para a qual está mais vocacionado³³⁷.

Aqueles que se dizem contrários a tal novidade, o fazem sob diversas justificativas, tais como: 1ª) o caráter político da ação popular, utilizada com freqüência como instrumento político de pressão e até de vingança; 2ª) o cidadão brasileiro não estaria preparado para utilizar judicialmente as ações coletivas e, caso isso lhe fosse facultado, teríamos um sem número de demandas irrelevantes, o que retiraria a força e a credibilidade desse instrumento; 3ª) o sistema da legitimidade individual é tipicamente norte-americano, fugindo das nossas raízes e tradições jurídicas; 4ª) a nossa sociedade não é esclarecida e, por isso, haveria necessidade de que órgãos estatais ou corpos intermediários respondessem pelas demandas coletivas³³⁸.

Por outro prisma, não se pode ser ingênuo e imaginar que apenas ações altruístas legitimariam as ações coletivas. Exige-se sim que se descreva um fato ilegal ou lesivo ao interesse público, o que já é o suficiente para justificar a importância da legitimidade popular. Ademais, não convence o argumento de que o povo brasileiro é individualista e que é imaturo para exercer tão importante mister. Caso pensarmos desse jeito, o brasileiro também não deveria votar, afinal escolhe muito mal seus governantes.

Desta maneira, conclui-se que o problema não está na legitimidade atribuída ao indivíduo; talvez, o que mereça destaque seja o *controle* sobre essa legitimidade. Legitimar a

³³⁶ LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 73.

³³⁷ Id. Ibid., p. 73.

³³⁸ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 137.

pessoa física estimularia a propositura de ações coletivas, tornando o cidadão mais responsável pela defesa dos interesses transindividuais, inclusive de índole individual homogênea.

Não bastasse isso, cumpre lembrar um fato importante: as associações e o Ministério Público não estão presentes em todos os locais. Nesses casos, quando a presença do Promotor ou das associações não se faz sentir, retirar da pessoa física a possibilidade de propor demanda coletiva significará a ausência de prestação jurisdicional em sede de direitos transindividuais³³⁹.

Corroborando o exposto, não convence o argumento de que o indivíduo já possui a ação popular, sendo-lhe desnecessária a atribuição da legitimidade também na ação coletiva. Na prática, verifica-se reiteradamente que a jurisprudência tem restringido a iniciativa popular, dizendo, no mais das vezes, que a pretensão levada a juízo não poderia ser conduzida por ação popular, mas sim por ação civil pública.

Tal diversidade de interpretações sem dúvida prejudica a defesa de direitos transindividuais e, uma vez legitimado o indivíduo, de certa maneira se reconheceria de uma vez por todas a analogia entre a ação civil pública e a ação popular para que num futuro não distante tenhamos um procedimento único para tutela jurisdicional coletiva³⁴⁰.

Rodolfo de Camargo Mancuso, José Carlos Barbosa Moreira e Márcio Mafra Leal, dentre outros, demonstram-se favoráveis à tese da legitimidade individual para propositura de ações coletivas, sendo que o último relembra que nas ações coletivas para defesa de direitos individuais o principal interessado é o indivíduo e, nesse ponto, exsurtem os fundamentos da proposta de que, também no Brasil, o indivíduo possa representar a classe³⁴¹.

Em conclusão do ora argumentado, vê-se que a legitimidade da pessoa física membro de grupo, categoria ou classe proposta pelo Anteprojeto significará avanço na defesa dos direitos transindividuais, inclusive dos individuais homogêneos. Exigir que a pessoa se associasse para propositura de demanda coletiva ofende, inclusive, o artigo 5º, XX da Constituição Federal. A proposta do Anteprojeto de legitimar o indivíduo à ação coletiva insere-se no contexto de democracia participativa, tão bem traçado pela Constituição Federal de 1988³⁴².

³³⁹ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 137.

³⁴⁰ Id. Ibid., p. 138.

³⁴¹ LEAL, Márcio Mafra. op. cit., p. 212.

³⁴² FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 143.

Por fim, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos prevê a manutenção do sistema pátrio de legitimidade ativa das associações civis para a defesa em juízo dos direitos transindividuais (artigo 20, inciso IX), com discriminação taxativa dos requisitos de representatividade adequada a serem preenchidos pelas organizações. No Anteprojeto UERJ/UNESA, a ser tratado no tópico pertinente, a orientação é diversa (artigo 8º, I e II, e § 1º), mantendo-se a linha do Código-Modelo.

Há, ainda, a exigência de que as associações estejam, além de constituídas legalmente, também em funcionamento há um ano quando da propositura da demanda coletiva. Deverá demonstrar, destarte, que atua efetivamente na defesa do direito por ela protegido³⁴³. Contudo, o Anteprojeto autoriza o juiz, em conformidade com o direito vigente e com o disposto no Código Modelo de Processos Coletivos, a dispensar o requisito de pré-constituição e, conseqüentemente, do funcionamento há um ano, quando houver manifesto interesse social, evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, nos termos do artigo 20, § 4º.

No Anteprojeto UERJ/UNESA, inexistente previsão de tal requisito, haja vista que é desnecessário, posto que a pré-constituição não é requisito expresso da representatividade adequada. Todavia, comparação pode ser feita a partir da regra que exige a verificação do histórico da associação na proteção judicial e extrajudicial dos direitos e interesses difusos objeto de sua finalidade institucional (artigo 8º, § 1º, b).

5.5.1.2.9 *Liquidação dos danos individuais*

No tocante à liquidação dos danos individuais, tema de relevo para os direitos individuais homogêneos, mostra-se interessante a possibilidade contemplada no §2º do artigo 34 do Código Brasileiro de Processos Coletivos paulista, de a liquidação ser “*dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória de cálculo*”.

Outro meio encontrado pelos autores do Anteprojeto paulistano para acelerar o acesso ao resultado útil do processo consiste na possibilidade de extração de carta de sentença para a

³⁴³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 132.

execução provisória ser processada em nome do credor, ainda que este não tenha integrado a lide na fase de conhecimento.

5.5.1.2.10 *Objeto da ação coletiva*

Em relação à abrangência do direito material, o Anteprojeto promoveu grande mudança. Não há limitação relativa ao objeto da ação coletiva, nem mesmo em relação aos individuais homogêneos, conforme o artigo 19, revogando, desta maneira, o parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública.

Diante de tais critérios, inevitável que a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de serem incabíveis ações coletivas em matéria tributária, por se tratarem de direitos individuais privados e disponíveis ou por não se equiparar consumidor a contribuinte, deve ser modificada. Ademais, inúmeras questões de grande alcance social poderão ter solução conjunta, tornando a justiça mais ágil, efetiva e coerente.

No caso específico da referida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do artigo 1º, parágrafo único da Lei de Ação Civil Pública, o Anteprojeto não distingue a nota de disponibilidade do interesse. O Anteprojeto torna mais clara a situação, dizendo que basta haver interesse social, um conceito que impõe ao Judiciário uma sensibilidade política sobre os alcances de sua decisão³⁴⁴.

O temor de grave dano à Fazenda Pública, na hipótese de uma ação coletiva ter seu pedido procedente, na discussão de tributos, não procede. A ação coletiva, para ter uma decisão transitada em julgado, ordinariamente, deverá ter passado por todos os graus de jurisdição, sendo decisão dos órgãos máximos do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. O Executivo parte da idéia de que cumprir o julgado de imediato pode desequilibrar o Erário, e, portanto, é melhor inundar o Judiciário com questões repetidas e sem chance de êxito. Todavia, o Judiciário também faz parte do Estado, e o custo dessa demanda provoca não só um agravamento reflexo em termos de finanças públicas, como também redundando em perda de credibilidade estatal. O Executivo adia o cumprimento de uma decisão judicial já discutida em diversas instâncias, e pratica verdadeira litigância de má-fé institucionalizada, sob o manto da legalidade³⁴⁵.

Em decorrência disso, o Judiciário vê-se compelido a gastar toneladas de material e tempo de serviço de servidores com decisões do mesmo teor, quando o Executivo deveria

³⁴⁴ LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 75.

³⁴⁵ Id. Ibid., p. 75.

administrativamente, em obediência aos princípios da boa-fé e da lealdade, aceitar a decisão e rever seus atos. Destarte, o Executivo poderia realizar acordos com as partes e desembolsar civilizadamente o que o Judiciário decidiu, sem comprometer as finanças públicas. Conseqüentemente, boa parte das causas envolvendo a Fazenda Pública desoneraria o Judiciário.

5.5.1.2.11 *Suspensão dos processos individuais*

O artigo 7º, § 3º basicamente dispõe que, na propositura de uma ação coletiva, pode o Tribunal determinar a suspensão de processos individuais, cujo objeto esteja contido naquela, a fim de dar tratamento uniforme e coerente à questão – o que é importantíssimo no campo dos individuais homogêneos. Com isso, se represam as demais ações individuais que estiverem em curso, decide-se uniformemente o mérito e se racionaliza o processo como um todo.

Pelo que se depreende, os processos individuais que ainda estão no primeiro grau se suspendem até o desfecho da ação coletiva. Trata-se de intervenção profunda no direito de ação individual, sendo a necessidade de uma decisão comum ao grupo de lesados um bom argumento para justificar a suspensão. Seria o caso da *Musterklage* ou ação modelo alemã, em que, verificando-se que há muitos processos com idêntico objeto, separam-se um ou dois processos modelares, suspendem-se os demais e define-se a questão de direito que é modelo para as futuras decisões³⁴⁶.

5.5.1.2.12 *Outras inovações*

O artigo 46 do Anteprojeto dispõe sobre a criação de cadastro nacional dos processos coletivos.

Já seu artigo 47 prevê a instalação de órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Por seu turno, o artigo 48 preconiza a interpretação do Código de forma aberta e flexível, de modo compatível com a tutela dos direitos que trata.

Em suma, o Anteprojeto analisado merece elogios pelo simples fato de ter dado tratamento unificado ao assunto, para todas as ações coletivas, quer versem sobre relações de

³⁴⁶ LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 77.

consumo, meio ambiente ou qualquer outro direito, propondo soluções concretas para o aprimoramento dos processos coletivos, com o fito de garantir acesso à ordem jurídica justa, o que se mostra inestimável para a efetividade dos direitos individuais homogêneos.

5.5.1.3 Análise Crítica do Anteprojeto

A primeira crítica diz respeito justamente à desproporção existente quanto à extensão do código e o próprio objeto da codificação, nos mesmos moldes do anteriormente anotado acerca do Código Modelo Ibero-Americano. O Anteprojeto não consegue tratar de forma exaustiva de todos os assuntos fundamentais do direito processual coletivo, pois 52 artigos não são suficientes para abranger adequadamente assuntos de extrema importância social, como meio ambiente, direito do consumidor, idoso etc.

Ademais, o Anteprojeto nada dispõe sobre o processo coletivo, sobre os procedimentos e nada a respeito das formas de exercício do direito de defesa no processo coletivo, tampouco cria um sistema recursal específico para o direito processual coletivo, não rompendo integralmente com o processo civil tradicional.

Com efeito, falta no Anteprojeto disciplina adequada acerca das tutelas de urgência, quais sejam, antecipação dos efeitos da tutela e tutela cautelar. Nada é dito acerca da execução de títulos extrajudiciais, bem como quanto à intervenção de terceiros.

O Anteprojeto não prevê o cabimento da ação coletiva para a reparação de dano moral coletivo e ainda revoga integralmente, sem qualquer ressalva, a Lei da Ação Civil Pública, que prevê tal proteção em seu artigo 1º. Ademais, são também revogados pelo artigo 51, sem qualquer ressalva, outros dispositivos que representavam grandes avanços no plano do direito processual coletivo brasileiro (artigos 84 e 88 do Código de Defesa do Consumidor; 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente; 82 do Estatuto do Idoso), havendo, assim, desrespeito ao princípio da proibição do retrocesso³⁴⁷.

O Anteprojeto não dispõe de um capítulo para a tutela preventiva que, sendo a forma de tutela mais importante no contexto do Estado Democrático de Direito, mereceria um tratamento próprio, especialmente no processo de conhecimento.

Frise-se que prevê o Anteprojeto, em seu artigo 50, impõe alterações no Código de Processo Civil (artigo 273), o que não seria assunto a ser tratado em Anteprojeto de Código específico para o direito processual coletivo. Ele não foge do contexto do movimento

³⁴⁷ VENTURI, Elton, op. cit., p. 113.

reformista do Código de Processo Civil, gerador de polêmica e insegurança jurídica no sistema processual.

Além disso, o Anteprojeto, em seu artigo 49 manda aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil sem estabelecer regras limitadoras dessa aplicabilidade. O Código de Processo Civil, conforme dito anteriormente é liberal e individualista e sua aplicabilidade sem a limitação necessária poderá acarretar graves danos à proteção dos direitos massificados fundamentais.

O Anteprojeto prevê o controle judicial (*ope judicis*) da representatividade adequada, inovando sistema brasileiro em que o controle é feito previamente por lei (*ope legis*). Ocorre que a implementação desse mecanismo no país só pode ser admitida nas hipóteses de dispensa de requisitos às associações para facilitar o acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF), sob pena de gerar incidentes indesejados que retardarão o andamento do processo coletivo.

Frise-se que há discussão na doutrina brasileira se o juiz poderá exercer o controle concreto sobre a representatividade adequada. Ada Pellegrini Grinover³⁴⁸, Pedro Lenza³⁴⁹ e Antônio Gidi³⁵⁰ entendem que tal aferição é possível, tratando-se de tese de *lege lata*.

Já Gregório Assagra de Almeida entende se tratar de fenômeno de americanização do sistema do direito processual coletivo brasileiro que pode gerar restrição ao acesso à justiça³⁵¹.

Outrossim, o sistema processual civil brasileiro distingue-se do italiano, por exemplo, por ter um regime rígido de preclusões, com a conseqüente perda de faculdades processuais, o que tem gerado o mal da recorribilidade das decisões interlocutórias e a multiplicação dos agravos.

Todavia, as preclusões devem ser vistas em sua função positiva, qual seja, a de conduzir o processo a seu resultado final, evitando o retorno a etapas anteriores.

Além disso, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos permite a alteração do pedido e da causa de pedir até a sentença, desde que seja de boa-fé e não haja prejuízo para o demandado, observado o contraditório. Contudo, a limitação da alteração da causa de pedir e do pedido até a sentença, nos termos do parágrafo único do artigo 5º, abandona um dos pontos positivos do Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero - América (artigo 10).

³⁴⁸ Op. cit., p. 906.

³⁴⁹ Op. cit., p. 200.

³⁵⁰ Op. cit., p. 69.

³⁵¹ ALMEIDA. Gregório Assagra de Almeida, op. cit., p. 115.

O §1º do artigo 28 do Anteprojeto exige, em sede de ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, a aferição da predominância de questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto. A inserção de tais requisitos, importados do sistema norte-americano, acabam por burocratizar o sistema, gerando incidentes indesejáveis à tutela coletiva³⁵².

Ressalte-se que são de duvidosa constitucionalidade os §§ 3º e 4º do artigo 7º do Anteprojeto, que disciplinam a hipótese de suspensão de processos individuais pelo Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz ou a requerimento do interessado e estabelecem que a suspensão perdure até o trânsito em julgado da sentença coletiva. Isto porque esbarram do direito de amplo e irrestrito acesso à justiça (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal) e no direito a uma prestação jurisdicional rápida e dentro dos prazos previstos no sistema (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal)³⁵³.

O artigo 9º do Anteprojeto traz previsão indireta de prescrição para as pretensões transindividuais, o que poderá gerar graves danos à sociedade em benefício geralmente a uma só pessoa, por exemplo, em relação aos danos ambientais. A desídia do representante adequado escolhido pelo legislador não poderá prejudicar a comunidade de pessoas.

O § 1º do artigo 16 Anteprojeto fixa responsabilidade processual objetiva para o legitimado ativo que promover a execução provisória do julgado que tiver a decisão alterada em sede recursal. Tal previsão é inconstitucional pelo fato de inibir o acesso à justiça, notadamente associações, sindicato etc, encontrando óbice no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal³⁵⁴.

Ademais, o Anteprojeto traz sérios problemas no plano da disciplina da competência (artigo 20, III e IV). O artigo 22, inciso III, fixa a Capital do Estado como absolutamente competente quando o dano regional atingir quatro ou mais comarcas. O mesmo raciocínio se aplica ao inciso IV, que estabelece regra de competência absoluta do Distrito Federal para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de três Estados. Tais dispositivos dificultam o acesso à justiça, constituindo, ademais, forte obstáculo à produção da prova e ao cumprimento das decisões judiciais.

Com efeito, o caminho a ser seguido parece ser muito mais simples e eficiente do que aquele imaginado pelo Anteprojeto até agora, passando pelo abandono dos artificiosos e imprecisos conceitos de danos locais, regionais e nacionais, pela rejeição da centralização da

³⁵² ALMEIDA. Gregório Assagra de Almeida, op. cit., p. 118.

³⁵³ Id. Ibid., p. 118.

³⁵⁴ Id. Ibid., p. 115.

competência jurisdicional exclusivamente nas capitais e, sobretudo no Distrito Federal, e pelas reafirmações do critério determinado pelo artigo 2º da Lei de Ação Civil Pública, da obrigatoriedade de reunião dos feitos conexos e ou continentes perante o juízo prevento e da potencial eficácia subjetiva *erga omnes* da coisa julgada independentemente do órgão judicial prolator, coerentemente apenas com a natureza da pretensão deduzida em juízo.

Ademais, embora a tutela ressarcitória seja a única disciplinada de forma minuciosa pela Lei, no caso dos direitos individuais homogêneos, esta não é a única via de tutela possível. De fato, conquanto aquela forma de proteção tenha recebido atenção especial da lei brasileira, tal fato deve ser atribuído às particularidades da condenação e da execução coletivas e não a uma tentativa de restringir as vias de proteção aos direitos individuais homogêneos. Não se deve perder de vista a origem constitucional das ações coletivas tampouco a interpretação sistemática do conjunto de diplomas que regem a proteção dos direitos de massa no Brasil³⁵⁵.

Em verdade, o maior entrave está em se enxergar as condições idênticas que admitam a proteção igual a todos eles. Ao lado disto, tem-se a dificuldade em admitir que o legitimado coletivo possa proteger, de forma global, interesses individualizáveis e determinados, que podem, eventualmente, não ter interesse em sujeitar-se aos efeitos da decisão judicial dada no processo coletivo. Todavia, tal dificuldade não pode inviabilizar a busca de outras eficácias na tutela de direitos individuais homogêneos. A impossibilidade concreta do titular do direito material desconsiderar o efeito do provimento obtido na demanda coletiva é normal às situações concretas, de impossível previsibilidade e regência.

A par de tudo isto, importante notar que a solução dada pelo sistema jurídico positivo nacional, com a condenação genérica aliada à execução individual, também não afasta o problema inicialmente posto, haja vista que a execução individual é apenas uma das alternativas de seqüência para a ação coletiva procedente, podendo o legitimado coletivo propô-la, nos termos do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor³⁵⁶.

Por todo o exposto, insustentável o argumento contra as tutelas não-condenatórias em sede de direitos individuais homogêneos. Ao prever e garantir os direitos coletivos e individuais de massa, implicitamente a Constituição exigiu do legislador ordinário o desenvolvimento de mecanismos eficientes de proteção destes interesses. Tivesse o legislador restringido a proteção à via ressarcitória, estaria ele violando a delegação conferida pelo

³⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela dos direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 219.

³⁵⁶ Id. Ibid., p. 221.

constituente, impondo-se a conclusão da inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional. Destarte, à luz dos princípios constitucionais, cabe a conclusão de que é possível a proteção dos direitos individuais de massa de qualquer forma, seja ela tutela preventiva ou repressiva.

Ademais, devemos lembrar que, a tutela condenatória por muitas vezes é incompatível com as necessidades de tutela de determinados interesses substanciais. Em tais casos, se para a realização efetiva do interesse são necessários instrumentos preventivos, ou são fundamentais sentenças declaratórias, constitutivas ou de outras eficácias, seria insustentável sua vedação pelo ordenamento infraconstitucional.

A solução adotada pelo Código Brasileiro de Processos Coletivos não poderia ser outra, embora o projeto se atenha em disciplinar a ação de responsabilidade civil coletiva para direitos individuais homogêneos (artigos 28 a 37), ele claramente abre espaço para outras vias de proteção, nos termos do artigo 2º, que proclama que: *“para a defesa dos direitos indicados neste Código são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais”*.

Ao tratar da ação de responsabilidade civil por lesão a direitos individuais homogêneos (artigos 28 a 37) o Anteprojeto teria sinalizado que o ressarcimento dos danos em tais casos deve sempre seguir a forma condenação genérica/execução individual ou coletiva? Será sempre necessária, ação condenatória procedente, liquidada e executada individualmente ou coletivamente, caso em que deve reverter ao Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos?

Entende-se que não, haja vista que não raramente, haverá situações em que se reclamará outra forma de efetivação. Às vezes, a lesão individualmente considerada é muito pequena, não justificando a propositura de execução individual pelo particular. Ademais, poderá não se justificar a execução coletiva (*fluid recovery*) pelo fato de que o montante do fundo dificilmente reverterá em favor do interesse lesado.

Seria recomendável a previsão de que o ressarcimento do dano, em caso de violação de direitos individuais homogêneos, pudesse ser feito em sua forma específica, sem converter o prejuízo específico em pecúnia. Em tais casos, a indenização, consistente em prestações de fazer ou entregar coisa, poderia ser exigida pelo legitimado coletivo, por meio das técnicas dos artigos 461 ou 461-A do CPC³⁵⁷.

³⁵⁷ ARENHART, Sergio Cruz. A tutela dos direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 228.

Sem dúvida, haverá hipóteses em que a efetivação da sentença coletiva que imponha o pagamento de soma em dinheiro de forma individualizada aos particulares atingidos possa ser mais eficiente se dispensado o cumprimento da sentença pela via sub-rogatória, e acolhida outra via de realização da ordem judicial.

Luiz Guilherme Marinoni defende o uso de meios coercitivos para obtenção do pagamento de soma em dinheiro. Segundo o autor: “*a multa já vem sendo utilizada, com enorme sucesso, para dar efetividade diante das obrigações de fazer, de não - fazer e de entregar coisa, não há qualquer razão para a sua não-utilização em caso de soma em dinheiro*³⁵⁸.”

Como pondera Marcelo Lima Guerra, autorizar os meios de coerção para as prestações de fazer, não fazer e entregar coisa e não admitir seu emprego para as prestações pecuniárias seria estabelecer evidente violação à isonomia, o que, por si só, deveria já admitir a extensão das técnicas dos artigos 461 e 461-A do CPC, para as prestações de soma em dinheiro³⁵⁹.

Essa multa é concebida como proteção à autoridade do Estado e, ao que parece, deve ser realizada de ofício pelo juiz, independentemente de qualquer novo processo ou iniciativa da parte. Assim, descumprida a ordem, toca ao juiz tomar do patrimônio do desobediente o valor referente à multa imposta na forma do que fora ameaçado na ordem judicial. Para tanto, poderá se utilizar, inclusive, da penhora *on line*, bloqueio de pagamento etc.

A multa coercitiva não pode eliminar a execução por expropriação. O desejo da multa é convencer o demandado a adimplir. A multa tem efetividade principalmente perante aqueles detentores de grande patrimônio.

Dentro dos limites, parece ser interessante a possibilidade do emprego de meios de indução também para a tutela dos direitos individuais homogêneos, inclusive para os consistentes no pagamento de importância pecuniária. Se a tutela dos interesses coletivos merece a mais ampla proteção, a adoção de tais técnicas aparelha o Judiciário com importante ferramenta para efetivação de tais interesses³⁶⁰.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro. <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acessado em 01/12/2007.

³⁵⁹ GUERRA, Marcelo Lima Guerra, op. cit., p. 150.

³⁶⁰ ARENHART, Sergio Cruz. A tutela dos direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 230.

5.5.2 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos Coordenado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes nos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UERJ e da UNESA

5.5.2.1 Divisão Estrutural do Anteprojeto

O Anteprojeto em questão, que é bem semelhante ao coordenado por Ada Pellegrini Grinover, está dividido em cinco partes, contendo 60 artigos.

A Parte I, denominada das ações coletivas em geral, vai do artigo 1º ao 29, dividida em nove capítulos. O Capítulo I trata da tutela coletiva e é composto pelos artigos 1º e 2º. O Capítulo II dispõe sobre os pressupostos processuais e as condições da ação (artigos 3º ao 9º). O Capítulo III fala sobre a comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta (artigos 10 a 12). O Capítulo IV fala da postulação (artigos 13 a 18). O Capítulo V trata da prova (artigo 19). O Capítulo VI do julgamento, do recurso e da coisa julgada (artigos 20 a 22). O Capítulo VII das obrigações específicas (artigos 23 a 25). O Capítulo VIII da liquidação e da execução (artigos 26 e 27). O Capítulo IX do cadastro nacional de processos coletivos e do fundo de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (artigos 28 e 29).

A Parte II dispõe acerca das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos e vai do artigo 30 ao 41.

A Parte III trata da ação coletiva passiva e é composta de três artigos, quais sejam, artigos 42 a 44.

A Parte IV trata dos procedimentos especiais, do artigo 45 ao 53 e, por fim, a Parte V traz as disposições finais, do artigo 55 ao 60.

5.5.2.2 Principais Inovações Propostas pelo Anteprojeto

5.5.2.2.1 *Aspectos centrais*

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado sob a coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes deve ser elogiado pelo fato de ter contribuído para a abertura de um debate nacional amplo e pluralista.

A redação proposta pelo Código de Processos Coletivos apresenta a preocupação consistente no processamento e julgamento dos feitos em juízos especializados. O comando

legal, verdadeiramente, dispõe acerca de duas medidas de grande importância, quais sejam: a criação de órgãos especializados para os processos coletivos e a preparação e formação dos magistrados para o denominado processo civil coletivo³⁶¹.

Os processos coletivos, em razão de sua importância e da diminuição do número de processos individuais que poderá proporcionar se conseguir bons resultados, não podem permanecer misturados a centenas de milhares de processos individuais, gozando, na prática, de idêntico valor e sendo-lhes atribuídos os mesmos recursos humanos e materiais. Deve-se entender que tais recursos e o tempo despendido representam benefício da própria saúde do Judiciário, que só poderá dar vazão aos conflitos de massa que lhe chegam se enfrentados e processados coletiva, molecularizada e conjuntamente, e não de modo disperso e contraproducente, tal qual se faz hodiernamente³⁶².

5.5.2.2.2 *Foro competente*

No tocante à delimitação da competência de foro para o ajuizamento das ações coletivas, na UNESA prevaleceu o entendimento de que a ação coletiva deveria ser ajuizada, tal como previsto inicialmente na Lei da Ação Civil Pública, no foro do local onde ocorreu ou deveria ocorrer o dano e, em caso de abrangência de mais de um foro, a fixação deveria ocorrer pela prevenção. No grupo reunido pela UERJ, a maioria entendeu que, em caso de âmbito nacional, deveriam ser competentes concorrentemente os foros das Capitais dos Estados e do Distrito Federal³⁶³.

O que se vê em ambas as propostas é a alteração da regra normalmente vigente para as ações individuais, fixadora do foro do domicílio do demandado, para determinar que, *a priori*, a demanda seja ajuizada no local do dano efetivo ou hipotético. A preocupação com o asseguramento do direito de defesa cede, no processo coletivo, principalmente em razão de dois motivos, quais sejam: a) o incremento do acesso à justiça, haja vista que o local do dano coincide com o local onde estão domiciliadas as pessoas diretamente afetadas, que poderão encaminhar o caso aos legitimados; b) é o mais conveniente, em tese, especialmente em razão

³⁶¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 19.

³⁶² Id. Ibid., p. 19.

³⁶³ Id. Ibid., p. 20.

da atividade instrutória, que poderá se concentrar no próprio local, ao invés de se efetivar por carta precatória³⁶⁴.

Ademais, não se configura óbice ao demandado, posto que, se houve dano em determinado local, é porque foi realizada alguma conduta naquele local. Assim, do mesmo modo que foi capaz de realizar a atividade no local, deve assumir as conseqüências de sua ação ou omissão no correspondente espaço de atuação.

Enfim, os casos de âmbito nacional e regional não devem ser concentrados em único foro no País, mas sim, no mínimo, em todas as capitais dos Estados Federados, de modo que o cuidado para se evitar a pulverização de foros competentes não se transforme em barreira intransponível para o incremento do acesso das demandas coletivas ao Poder Judiciário³⁶⁵.

5.5.2.2.3 *Legitimação*

A respeito da ampliação da legitimação, com a inclusão do indivíduo e da Defensoria Pública no rol dos legitimados, nos termos do artigo 9º, o caminho trilhado foi no sentido de se democratizar o acesso à justiça, fortalecendo as ações coletivas, a partir da ampliação do rol dos legitimados, principalmente para a inclusão do indivíduo.

O direito moderno, de matriz constitucional ou processual, vem apontando na direção do acesso à justiça, da ampliação da legitimidade e da instrumentalidade do processo. O princípio da inafastabilidade da jurisdição dispõe que qualquer pessoa poderá buscar a respectiva tutela jurisdicional diante da lesão ou ameaça ao seu hipotético direito.

Ademais, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal³⁶⁶, o instituto da legitimação extraordinária não representa matéria constitucional em sentido estrito, encontrando-se regulado no Código de Processo Civil e na legislação extravagante, razão pela qual se permite ao legislador ordinário a inclusão de outras hipóteses em que possível demandar em nome próprio direito alheio.

A limitação da legitimidade do indivíduo, diante de direitos individuais homogêneos deixa de proteger diversos resultados positivos como, por exemplo: economia processual e judicial; maior acesso ao Judiciário; melhoria da prestação jurisdicional, em termos de tempo e qualidade, devido à redução do numero de feitos; preservação do princípio da igualdade,

³⁶⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 21.

³⁶⁵ Id. Ibid., p. 23.

³⁶⁶ AGRAG 157. 797-SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12.05.1995.

dentre outros. De outra banda, em termos de direitos essencialmente coletivos, o resultado é a denegação absoluta de Justiça, senão vejamos: O proprietário de imóvel situado em praia até então paradisíaca nada poderia fazer em face de indústria poluidora recém instalada, salvo aguardar a consumação dos prejuízos para depois ir a juízo pleitear a indenização em razão dos danos causados³⁶⁷.

Por fim, confirmando o anteriormente exposto, importante salientar que a inovação abrirá campo de atuação inédito para a advocacia privada na defesa dos direitos transindividuais, antes limitados aos que prestavam seus serviços perante associações e sindicatos. Por conseguinte, direitos individuais, principalmente os de natureza pecuniária de pequena monta, que acabavam impunemente desrespeitados, poderão despertar o interesse da advocacia privada, como ocorre com relativa frequência nos Estados Unidos da América.

5.5.2.2.4 *Representatividade adequada*

No tocante à representatividade adequada há o estabelecimento de requisitos específicos para propositura da demanda coletiva, visando a um controle, em concreto, da seriedade, viabilidade e importância da demanda coletiva que se pretende propor.

Especificamente no que diz respeito à tutela dos direitos individuais homogêneos é necessária a aferição da predominância de questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso específico.

O Anteprojeto atribui ao Magistrado um controle de admissibilidade centrado na adequação da representatividade do legitimado e da relevância social da demanda coletiva; todavia, a falta de representatividade adequada não conduz necessariamente à extinção sem julgamento de mérito, como ocorreria normalmente. Isso porque se previu nesses casos, no de desistência infundada ou abandono da causa, que o juiz deverá intimar o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, para que assumam a titularidade da ação coletiva³⁶⁸.

³⁶⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 25.

³⁶⁸ Id. Ibid., p. 26.

5.5.2.2.5 *Gratificação e ônus da prova*

A proposta insculpida no artigo 13 também é inovadora ao estabelecer a possibilidade de o juiz fixar gratificação financeira se o legitimado for pessoa física, associação ou fundação de direito privado, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva. A medida busca servir de estímulo para o incremento na participação da sociedade civil nas ações coletivas, tendo em vista que em nosso país a esmagadora maioria é intentada pelo Ministério Público.

O Anteprojeto de Código de Processos Coletivos da UERJ/UNESA, em seu artigo 19, atribui o ônus da prova para a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, sem qualquer menção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil. Ademais, referido Anteprojeto estabeleceu que cabe ao juiz dispor sobre a distribuição do ônus da prova, por ocasião da decisão saneadora.

Por fim, tal Anteprojeto, à semelhança da proposta paulista, fez menção à chamada prova por amostragem como meio lícito admissível em juízo. Desta forma, o juiz está autorizado a conhecer da falha ou o dano decorrente em termos globais, sem prejuízo da prova em sentido contrário, quanto aos indivíduos não atingidos. Desse modo, dá-se tratamento verdadeiramente coletivo, molecular, para o aspecto probatório³⁶⁹.

Consoante exposto constata-se grande semelhança entre os projetos, com exceção dos requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência, não exigidos no Anteprojeto carioca, bem como do momento processual adequado para o juiz determinar a inversão.

5.5.2.2.6 *Litispêndência, coisa julgada e sistema de exclusão*

Em matéria de litispêndência, dispõe o artigo 7º que a primeira ação coletiva induz litispêndência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

A proposta suprime a disposição no sentido de que a ação coletiva não induz litispêndência, além de dispor sobre a extinção do feito instaurado posteriormente, com a possibilidade de remessa de peças para o processo que se iniciou em primeiro lugar.

³⁶⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 28.

A experiência do direito comparado relata a utilização em geral de dois sistemas de vinculação dos indivíduos ao processo coletivo: o de inclusão (*opt in*), no qual os interessados deverão requerer o seu ingresso até determinado momento; e o de exclusão (*opt out*), mediante o qual devem os membros ausentes devem solicitar o desacoplamento do processo coletivo dentro do prazo fixado pelo juiz. O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor não adotou qualquer das correntes, não colocando a ação coletiva como referencial importante, diante da qual os indivíduos deveriam optar, ao contrário, dispôs sobre a conduta dos autores individuais em relação as suas ações singulares.

O sistema de exclusão é significativamente mais eficiente, no sentido de garantir o tratamento coletivo para as questões comuns, produzindo, destarte, efetiva economia processual, acesso à justiça e fortalecimento das ações coletivas³⁷⁰.

O correto equacionamento da questão da litispendência e da coisa julgada, com o estabelecimento de um efetivo sistema de exclusão, acompanhado do controle da representatividade adequada, parece ser essencial para que a tutela coletiva alcance os seus objetivos.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pela UERJ/UNESA esposou tal entendimento, no artigo 22, § 3º. Todavia, tal inovação, que contemplava, para o direito brasileiro, o direito à auto-exclusão (*right to opt out*), não foi mantida na versão final do Anteprojeto, datada de Dezembro de 2005³⁷¹.

Tal alteração consagrava grande evolução no tocante à extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada decorrente da decisão da ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos, ressalvada a improcedência por insuficiência de provas, desde que não tenha exercido o direito de exclusão. Consagra, igualmente, grande evolução no tocante a relação entre as ações coletivas e as ações individuais, ao fixar as primeiras como ponto de referência. Assim, na simultaneidade entre ambas, a suspensão do processo individual por trinta dias é automática, tendo o magistrado ciência da ação coletiva. Suspenso o processo, o autor, terá o prazo de trinta dias para se manifestar. Esgotado o prazo decadencial sem qualquer manifestação, ocorre a decadência do direito de exclusão, estando o autor da ação individual

³⁷⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 29.

³⁷¹ ARRUDA ALVIM, Eduardo. Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 189.

vinculado ao julgamento da ação coletiva. O prosseguimento e primazia da ação individual de regra passariam a exceção³⁷².

Em versão atual, encaminhada ao Ministério da Justiça, o Anteprojeto não contém idêntica previsão, sofrendo pouca alteração em relação ao tratamento vigente, preservada que foi a regra da coisa julgada *secundum eventum litis*. Novidade apenas é a atenuação desse regime nas hipóteses que envolvem direitos individuais homogêneos, quando tiver sido proposta por sindicato, na condição de substituto processual da categoria.

Enfim, tratando-se de direitos individuais homogêneos, na hipótese de improcedência do pedido, a possibilidade de os interessados moverem as suas demandas já vem contemplada na própria lei, com a ressalva mencionada acima.

Ainda no que diz respeito à relação entre demanda coletiva e ações individuais, a versão oficial do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos optou por manter essencialmente o sistema vigente, reafirmando que a demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais. Procurou estabelecer que os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual. Estabeleceu, ainda, que em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria³⁷³.

Considerando-se que uma das finalidades precípua da tutela coletiva é a de possibilitar a economia processual, com a eliminação ou redução dos processos individuais, em prol do fortalecimento da defesa e resolução coletiva dos conflitos envolvendo direitos transindividuais, deve haver um sistema mais coerente e definido na relação entre demandas coletivas e singulares, com a priorização dos processos coletivos. Partindo dessa premissa, o Anteprojeto UERJ/UNESA inovou ao elaborar um sistema de exclusão mitigado e com características novas.

O anteprojeto prevê em seu artigo 32 a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos órgãos de

³⁷² MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 214.

³⁷³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 32.

comunicação social. A comunicação poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, contracheque, extrato, fatura etc, observado o critério de modicidade do custo.

Ademais, estabeleceu que aos interessados é facultado optar entre o requerimento de exclusão da ação coletiva e o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado. Na falta de prazo estipulado pelo juiz, poderá ocorrer até a publicação da sentença no processo coletivo. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito objeto do processo. Em seguida, poderão optar no referido prazo, nos autos da ação individual, que os efeitos da decisão proferida na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando pelo prosseguimento da ação individual, sob pena de extinção sem julgamento de mérito do respectivo processo singular.

5.5.2.2.7 *Liquidação e Execução*

Os Anteprojetos seguem a tendência do Código-Modelo, fortalecendo a sentença e a execução no processo coletivo.

O artigo 36, em seus §§ 1º e 2º do Anteprojeto carioca, dispõe:

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.

A possibilidade de o juiz fixar, desde logo, na sentença condenatória, nos moldes do já praticado no direito norte-americano, o valor devido às vítimas imprimirá maior celeridade à esperada concretização do direito e acesso ao bem da vida almejado³⁷⁴.

O Anteprojeto, em posição vanguardeira, haja vista que nem mesmo o Código-Modelo assim dispôs, confere total prioridade às liquidações e execuções coletivas propostas pelos legitimados extraordinários; contudo, resguarda a individualidade e o direito de cada beneficiário, ao determinar que o pagamento seja feito diretamente aos interessados em contas

³⁷⁴ COUTO. Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 303.

bancárias abertas em nome dos beneficiários, acabando com a obrigatória expedição do trabalhoso e demorado alvará para levantamento, nos termos do artigo 39.

Nas propostas para modernização e codificação do processo coletivo, prioridade se dará à liquidação coletiva das sentenças genéricas, salvo nas hipóteses em que se faz necessária a mensuração do *quantum debeatur* por meio de liquidações individuais, nessas hipóteses é cabível a legitimação coletiva subsidiária da individual, em que, passado um ano da condenação, sem que haja liquidações individuais dessa sentença em número compatível com o dano, autorizados estarão os legitimados coletivos a liquidarem e executarem coletivamente a indenização devida, revertendo o produto ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos (*fluid recovery*).

No tocante à competência para a liquidação, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos carioca, imbuído de seu fim maior de imprimir maior celeridade ao feito, bem como de facilitar o acesso à ordem jurídica justa, dispõe, nos termos do artigo 37, que:

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.

A determinação da competência do juízo do liquidante ou exeqüente, quando individual a liquidação ou execução, tem por fim o incremento ao acesso à justiça, à satisfação da pretensão material, bem como evitar que os futuros juízos especializados para processar e julgar ações coletivas sejam inviabilizados com a propositura de milhares de liquidações e execuções individuais, razão pela qual o Anteprojeto pulverizou essas demandas aos demais juízos³⁷⁵.

O artigo 27 dispõe acerca da execução definitiva e a provisória:

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.

³⁷⁵ COUTO. Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 306.

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

As propostas do Anteprojeto carioca, em sede de liquidação e execução das ações coletivas podem ser assim resumidas: a) ampliação dos legitimados; b) tratamento especial dado à execução provisória, de modo a possibilitar atos de alienação de domínio ou levantamento de dinheiro; c) possibilidade de suspensão da execução provisória em caso de perigo de lesão grave e de difícil reparação; d) possibilidade do juiz fixar na sentença nas ações de direitos individuais homogêneos o valor da indenização individual devida; e) fixação do foro do domicílio do demandado ou demandante no caso de liquidação/execução individual; f) preferência para liquidação/execução coletiva; g) depósito da indenização individual em estabelecimento bancário, em conta remunerada e individualizada³⁷⁶.

Neste passo, lembre-se que o Anteprojeto paulista também observa os pontos elencados anteriormente.

5.5.2.2.8 Outras disposições

Deve ser elogiada a criação de um Cadastro Nacional de Processos Coletivos (artigo 28), de forma a ser facilitada a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão, previsão esta semelhante ao artigo 46 do Anteprojeto Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover.

5.5.2.3 Análise Crítica do Anteprojeto

No tocante às críticas, observa-se que é tímida a disposição-extensão do Anteprojeto em análise, haja vista que 60 artigos não são suficientes para a disciplina de assunto tão vasto e importante para a sociedade brasileira, nem tampouco para romper com as amarras do Código de Processo Civil, elaborado com base em filosofia liberal individualista incompatível com a tutela dos direitos massificados³⁷⁷.

A disposição em 60 artigos talvez fosse adequada para o caso de criação de um código principiológico, consistente em regras de interpretação e aplicação do direito processual coletivo, o que não é o caso, posto que o Anteprojeto trata de questões específicas, porém não

³⁷⁶ COUTO. Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 307.

³⁷⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., 124.

abrange todo o conteúdo do direito processual coletivo. Por exemplo, nada dispõe acerca do exercício do direito de defesa.

Em apertada síntese, basicamente se repete o que fora anteriormente explanado quando do estudo do Anteprojeto coordenado por Ada Pellegrini.

Com efeito, a disposição constante do artigo 17 do Anteprojeto acerca da prescrição, ainda que de forma indireta, em relação aos direitos transindividuais, é inconstitucional, posto que incompatível com a proteção dos direitos transindividuais.

Da mesma forma, a previsão constante do §1º do artigo 27 do Anteprojeto, no sentido que a execução provisória corre por conta e risco do exequente, não é razoável posto que inibe a atuação dos representantes adequados. Tal previsão esbarra no princípio constitucional do amplo e irrestrito acesso à justiça³⁷⁸.

Por fim, a conversão da obrigação específica em perdas e danos por opção do autor, constante do §4º do artigo 23 fere a indisponibilidade dos direitos massificados. O certo seria a possibilidade de conversão apenas nos casos em que se tornar impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Enfim, há sempre que se ter em mente os escopos das ações coletivas, que devem inspirar a elaboração do Código Brasileiro de Processos Coletivos e que podem ser sistematizados basicamente em quatro objetivos principais, quais sejam: a) ampliação do acesso à justiça, de modo que os interesses da coletividade não fiquem relegados ao esquecimento; b) economia judicial e processual, diminuindo os números de demandas ajuizadas, originárias de fatos comuns e que acabam resultando no acúmulo de processos, demora na tramitação e perda de qualidade na prestação jurisdicional; c) segurança para a sociedade, na medida em que serão evitadas decisões contraditórias em processos individuais, em benefício da preservação do princípio da igualdade; d) instrumento efetivo para o equilíbrio das partes do processo, atenuando as desigualdades e combatendo as injustiças praticadas no Brasil³⁷⁹.

³⁷⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., 125.

³⁷⁹ MENDES. Aluisio Gonçalves de Castro, op. cit., p. 3

5.5.3 Breve Análise da Ação Coletiva Passiva (*Defendant Class Action* Brasileira) à Luz dos Anteprojetos de Código de Processos Coletivos

Os Estados Unidos da América merecem destaque no presente estudo pela evolução notória das ações coletivas (*class actions*) em seu ordenamento jurídico, em especial, das ações coletivas passivas (*defendant class actions*).

As ações contra a classe se desenvolveram no direito norte-americano em razão da homogeneidade de tratamento dispensada ao autor e ao réu no que concerne à legitimidade para figurar no processo. No geral, a estrutura da regra 23 do Código de Processo Civil Federal norte-americano que trata das *class actions* na Justiça Federal, é simétrica, não fazendo distinção entre autor e réu no processo coletivo³⁸⁰.

No que concerne às *class actions*, a história do direito norte-americano revela que a principal preocupação legislativa era a justeza e a adequação da representatividade daquele que iria ingressar em juízo em nome da coletividade. Por ter adotado a ótica da averiguação da representação *ope judicis*, nos EUA a ação coletiva passiva se desenvolveu com mais naturalidade, de forma que, para sua certificação como ação coletiva passiva, basta que os mesmos requisitos da ação coletiva ativa estejam presentes, sem maiores ressalvas.

A ação coletiva passiva, interessante aos direitos individuais homogêneos, é uma forma de defesa de direitos contra a coletividade, que fica vinculada aos efeitos do provimento jurisdicional ainda que contra seus interesses.

A ação coletiva passiva, ainda que pouco explorada no ordenamento jurídico brasileiro, não é novidade. O exemplo mais conhecido é o dissídio coletivo da Justiça do Trabalho, que retrata hipóteses em que a necessidade de controlar atos de grupos organizados tornou imperiosa a criação de um sistema que permitisse a vinculação de todos os membros da categoria, econômica ou profissional, à decisão judicial³⁸¹.

A defesa coletiva de direitos em juízo não costuma estar relacionada à imposição de limites à coletividade. Nestes termos, destaca-se a necessidade de tutela coletiva passiva, nos termos da proposta do Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero - América e, notadamente, nos recentes Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, anteriormente estudados.

³⁸⁰ MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 334.

³⁸¹ Id. Ibid., p. 321.

O projeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero - América prevê expressamente a possibilidade de ação coletiva passiva, desde que o bem jurídico seja transindividual e se revista de interesse social. Todavia, estabelece restrições ao tratar da coisa julgada.

Os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos vão além, ampliando os efeitos da coisa julgada, concedendo uma maior força a esse gênero de ação coletiva.

No contexto atual, a necessidade de controle dos atos da coletividade, ou de vinculação de decisões judiciais aos seus integrantes, não raro se torna tão importante quanto a própria proteção legal destes direitos de cunho coletivo.

Há três tópicos essenciais a serem observados, a saber: 1º) fortalecimento da análise da representatividade adequada; 2º) extensão dos limites subjetivos da coisa julgada, objetivando a efetividade dessa tutela; 3º) limitação do emprego da ação coletiva passiva a determinados direitos transindividuais.

Tratando-se das ações coletivas passivas, o tema representatividade adequada ganha expressão, tendo em vista que, diversamente das ações coletivas ativas, o representante adequado haverá de desincumbir-se de uma garantia constitucional da mais absoluta relevância, qual seja, realizar a defesa da coletividade³⁸².

Os representantes adequados, ao atuar no pólo ativo, devem, a despeito das considerações acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova, comprovar o que deduzem. Porém, caso não consigam realizar essa tarefa, as demandas merecerão nova propositura, considerando-se a não concretização da coisa julgada material.

No pólo passivo, a situação é diversa, haja vista que representante adequado é aquele que tem compromisso com a causa, sendo esta condição que se conquista com atividade diuturna. Esta qualidade não decorre do que está inscrito em ato constitutivo de pessoa jurídica de direito privado. As exigências mínimas devem ser mantidas, mas além delas, deve ser facultada ao juiz a análise do efetivo compromisso que guarda com a causa.

Enfim, se as circunstâncias indicarem a ocorrência de representatividade adequada, jamais será necessário duvidar da realização de ampla defesa por parte da entidade.

Suportar os efeitos do julgado é atividade que reclama participação. O princípio constitucional do contraditório exige que determinado ente se submeta a determinado julgado somente se tenha participado de sua confecção. Ou seja, de todos os atos praticados pela parte contrária e de todos os atos decisórios, o ente recebeu a devida informação e pôde reagir.

³⁸² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p.318.

Na medida da ostentação dessa qualidade, há que se concluir que todos (inclusive os que não participaram) foram defendidos de forma adequada e suficiente. Vê-se que o grupo, categoria ou coletividade de interessados não participará diretamente do contraditório nas ações coletivas passivas.

Nota-se que a efetividade das futuras ações coletivas passivas está intimamente relacionada com a extensão desse julgado a todos os integrantes da coletividade considerada, representada pelo representante adequado³⁸³.

Caso se pretenda que essas ações promovam a molecularização dos conflitos, temos que admitir que o resultado do conflito se estenda a todos os integrantes da coletividade representada³⁸⁴.

O que interessa verificar, contudo, é que apenas os direitos individuais homogêneos poderiam integrar o objeto das denominadas ações coletivas passivas, tendo em vista que há a necessidade de se imaginar que determinado grupo de pessoas, que determinada classe de pessoas, unidas ou não por relações jurídicas comuns, deva se sujeitar ao julgado obtido em demanda coletiva, cuja defesa foi realizada por representante adequado dessa coletividade. Além disto, há que se imaginar que possam sofrer a condenação pública, ainda quando o *quantum* reservado a cada uma venha a ser apurado noutra sede.

O representante adequado participa do contraditório, sendo que a condenação terá eficácia para todos os integrantes da coletividade representada. Para que isso ocorra, indiscutivelmente, há que se imaginar a possibilidade de conhecimento do quinhão de cada representado. Para tanto, não se imagina da existência de direitos indivisíveis³⁸⁵.

A grande novidade, destarte, consiste na possibilidade de obter a condenação dos integrantes da coletividade, via condenação do representante adequado.

Um exemplo que podemos citar é o de ação civil pública ajuizada na Comarca de Baturité pelo Ministério Público do Ceará, em que foram indicados como réus alguns comerciantes locais individualizados e “todos os proprietários de comércio no centro de Baturité”. No caso em tela, os comerciantes foram acionados como uma coletividade, em decorrência da utilização indevida das calçadas para exposição de produtos à venda³⁸⁶.

Outro exemplo foi o noticiado no Jornal “O Globo”, de 15/11/2005, em que 80 famílias sem – teto invadiram um prédio do INSS no centro do Rio de Janeiro. Nesta hipótese,

³⁸³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p.319.

³⁸⁴ Id. Ibid., p. 319.

³⁸⁵ Id. Ibid., p. 320.

³⁸⁶ MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 339.

foi ajuizada ação possessória pela União Federal em face dos integrantes do movimento sem teto, sem individualizar qualquer de seus integrantes³⁸⁷.

Há doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover, Rodolfo de Camargo Mancuso e Pedro Lenza que reconhecem a possibilidade de ações contra entidades representativas de direitos coletivos, embasados no artigo 5º, § 2º da Lei nº 8078/90 e no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor. De outro lado, mesmo não reconhecendo a viabilidade da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico nacional de *lege lata*, Hugo Nigro Mazzilli e Pedro Dinamarco admitem sua importância como instrumento de defesa de direitos contra a coletiva, estabelecendo sua possibilidade *de lege ferenda*³⁸⁸.

Entendimentos doutrinários à parte, os tribunais vem reconhecendo a possibilidade de ações coletivas passivas, ainda que ausente previsão expressa no ordenamento jurídico.

Como visto não é privilégio norte-americano a necessidade de uma tutela jurisdicional que proteja pessoas contra grupos organizados.

³⁸⁷ MAIA, Diogo Campos Medina. In: A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 340.

³⁸⁸ Id. Ibid., p. 341.

6. CONCLUSÃO

O conteúdo da dissertação ora apresentada reflete, essencialmente, o escopo de atingir-se o objetivo disposto no projeto de pesquisa e, conseqüentemente, responder ao problema formulado.

É curial salientar que, obedecendo-se ao método de abordagem dedutivo, partiu-se da análise geral e abrangente, para, por fim, estudar de forma detalhada o tema propriamente dito.

O trabalho iniciou-se com a análise dos direitos transindividuais sob o aspecto material; no capítulo seguinte se fez o estudo da tutela jurisdicional coletiva sob o aspecto processual, desde o plano da evolução histórica até o prisma da técnica. Adiante, foram estudadas as peculiaridades dos direitos individuais homogêneos e, por fim, deu-se tratamento minudente e aprofundado acerca da questão da efetividade da tutela jurisdicional coletiva sob a ótica dos direitos individuais homogêneos, expondo-se os instrumentos processuais hodiernamente aplicáveis, sua insuficiência no plano material e possíveis perspectivas de mudança por meio da discussão e implementação do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

Desta feita, acredita-se ter sido atingido o objetivo inicial da pesquisa e, conseqüentemente, obtiveram-se fundamentos teóricos e práticos para responder ao problema proposto, concluindo-se, então, que os instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro para a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos ainda não são suficientes para a efetivação satisfatória destes.

Na linha do exposto acima, indubitavelmente, os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos podem se materializar num marco legislativo. Trata-se de tentativa de se oferecerem instrumentos para encurtar a distância entre o mundo ideal, das normas de acesso à cidadania e do Estado Democrático de Direito, e o mundo real.

Os resultados práticos, inclusive no tocante aos direitos individuais homogêneos, são importantes e os Anteprojetos apresentam um conjunto de saídas que podem popularizar o uso da ação coletiva. Com efeito, a mera possibilidade de um sem número de demandas, sem limitação material, poder alcançar o Judiciário provoca ao menos discussão política e dá visibilidade social a grupos, categorias, indivíduos que não têm acesso ou não estão devidamente representados nos poderes políticos do Estado.

Todavia, nenhuma inovação legislativa, por mais perfeita que seja sua concepção, tem condições de alcançar substancialmente as reformas a que se propõe, caso os homens encarregados de aplicá-la não compreenderem o significado da novidade ou tiverem a suficiente coragem de concretizá-la, como sabiamente ressaltado por Boaventura de Souza Santos³⁸⁹.

Impende ressaltar que a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor deram a partida para o desenvolvimento do processo coletivo; todavia, não alcançaram sua finalidade de desafogar o Judiciário e garantir tratamento isonômico aos jurisdicionados que se encontram em situação idêntica, em grande parte pela insistência no tradicional modelo vigente, de prioridade às ações individuais e pela extensão *secundum eventum litis* ou *in utilibus* da coisa julgada, de modo que a decisão de improcedência do pedido não impede a propositura de ações individuais.

A superação das atuais vicissitudes passa pela adoção de uma coisa julgada coletiva que valorize o julgamento de mérito nela proferido, ficando os interessados vinculados ao seu comando.

Por fim, mostra-se pertinente a frase de Piero Calamandrei: “*Todas as liberdades são inúteis se não podem ser reivindicadas e defendidas no juízo*”³⁹⁰. Assim, para a efetivação das liberdades conferidas pelos direitos individuais homogêneos, mostra-se imprescindível que os mecanismos processuais coletivos, burilados pelos citados anteprojetos, sejam concretamente estudados e aperfeiçoados para que se viabilize o acesso à justiça dos titulares de direitos que, embora de índole individual, devem ser tratados coletivamente, dada a sua grande repercussão social.

³⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 186.

³⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

AGUIAR, Leandro Katscharowski. *Tutela Coletiva de Direitos Individuais Homogêneos e sua Execução*. São Paulo: Dialética, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo: um novo ramo de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1994.

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

BRANDAO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello, MILARÉ, Édis, NERY JR., Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1988.

_____. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, José Murilo. *A Cidadania no Brasil - o longo caminho*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.1 Trad. J. Guimarães Menegale. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

COMPARATO, Fabio Konder. *Novas funções judiciais do Estado moderno*. RT, São Paulo, 1986.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class action e o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIDIER Jr., Fredie; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. rev. e atual. por Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros Editores, tomo II, 2000.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direitos Difusos e Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Direito Processual Ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

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

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. (coord.); DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

KOMATSU, Paula. *Ação Coletiva: evolução histórica*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo.

LACERDA, Galeano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coordenador). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª edição. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito e Filosofia Política - a justiça é possível*. São Paulo : Atlas, 2003.

_____. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

MILARÉ, Édís (coord.) et al. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil comentado e legislação extravagante*, 8ª Ed. São Paulo: RT, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio, *Tutela Penal dos Interesses Difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. São Paulo: Atlas, 1998.

WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos (coord.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2007.

Artigos

ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada e litispendência no Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

ALVIM, José Manuel de Arruda. A ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (coord.) et al. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

ARENHART, Sergio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

CASTANHO, Renata; MILARÉ, Édís. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de

Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *STJ 10 anos: obra comemorativa, 1989-1999*.

_____. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 97:9-15, 2000.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização nas demandas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade premente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o código de defesa do consumidor e os anteprojetos do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery Mirra. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projeto. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Dorival Moreira dos. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: Inovações na prática processual em busca da efetividade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

SPADONI, Joaquim Felipe. Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos. In: DIDIER Jr., Fredie; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

Internet

ALMEIDA, Renato Franco de; GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. *A competência nas ações coletivas do CDC*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 245, 9 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4826>>. Acessado em: 17/06/2007.

Boletim informativo MPMG Jurídico. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br>> (Boletins MPMG). Acessado em: 01/12/2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acessado em: 01/12/2007.